

**MARCOS DE FREITAS BERINO**

**OS DIREITOS DO CONSUMIDOR DO SERVIÇO DE  
TELEFONIA FIXA:  
a cobrança da tarifa mensal de assinatura básica**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em  
Direito do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Luis Antônio Winckler  
Annes

**BRASÍLIA**

2010

Dedico este trabalho, inicialmente, ao meu querido e saudoso pai Irineo Berino. Seu exemplo de vida, seu livre-arbítrio, a sua busca incomum pelo conhecimento, proporcionou-lhe grandes vitórias, fazendo dele minha fonte de inspiração, que me propulsiona a obter esta graduação em Direito, tal como ele o fizera. Também o dedico às minhas queridas Myriam, Sara e Mariana, respectivamente mãe, esposa e filha, mulheres da minha vida, que diariamente, além de pacientes com minha ausência, me alimentaram com doses de felicidade. E, por óbvio, o dedico ao meu amado filho Daniel, cuja existência me possibilitou cumprir o mais adorável papel de minha vida, vendo-o crescer e tornar-se o ser humano absolutamente maravilhoso que a todos contagia.

Agradeço aos professores do UniCEUB que, com profissionalismo e dedicação, souberam pavimentar os caminhos do conhecimento que adquiri nesta convivência acadêmica e, em especial, ao Professor Luis Antônio Winckler Annes, pela sua orientação precisa para com este orientando, fundamental nesta etapa complementar do curso.

## **RESUMO**

A presente monografia trata da polêmica sobre a cobrança da assinatura básica nos serviços de telefonia fixa. Com ela persegue-se responder ao seguinte questionamento: “é devido o pagamento da assinatura básica pelos usuários consumidores dos serviços de telefonia fixa?”. Sabe-se que a controvérsia tem sido tratada diferentemente pelos diversos tribunais. Esta divergência levou inclusive o Superior Tribunal de Justiça a elaborar a Súmula número 356, cujo conteúdo mostrou-se favorável à cobrança da assinatura básica. Mesmo assim, resta a divergência, tanto jurisprudencial quanto doutrinária. No bojo dela, constata-se a defesa de que a cobrança, além de legítima, pois que amparada em regras constitucionais e que regulam o setor de telefonia, é fundamental à própria existência e continuidade do sistema, tornando-se assim, imprescindível sua manutenção. Em contraponto a estas alegações, invocam-se os princípios que norteiam a defesa do consumidor, contestando-se que a cobrança seja imprescindível. Verifica-se ao longo deste estudo que a situação enfrentada justifica a polêmica, mas que não se deve optar pelo simples repasse de mais esta sobrecarga ao consumidor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Consumidor; Telefonia Fixa; Lei Geral de Telecomunicações; Regulação; Tarifa de Assinatura Básica; Universalização.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1 A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR.....</b>	<b>9</b>
1.1 Conceito de consumidor.....	9
1.2 Os direitos do consumidor de serviços de telefonia fixa .....	15
1.3 O Estado fornecedor de serviços.....	18
1.4 O Estado e a tutela das relações de consumo.....	21
1.5 O controle administrativo.....	25
1.6 A regulação no Brasil.....	27
1.7 A regulação no setor de telecomunicações .....	30
<b>2 A COBRANÇA DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA ..</b>	<b>34</b>
2.1 A tarifa de telefonia fixa .....	35
2.2 A legalidade da cobrança.....	38
<b>3 A ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA .....</b>	<b>50</b>
3.1 Crítica à judicialização do setor.....	52
3.2 O equilíbrio econômico e financeiro do setor de telefonia....	54
3.3 A universalização e os serviços de telefonia fixa .....	55
3.4 A disponibilidade ininterrupta do serviço .....	58
3.5 Direitos do consumidor na Lei Geral de Telecomunicações	60
3.6 A observância ao Código de Defesa do Consumidor .....	64
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>68</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>70</b>

## **INTRODUÇÃO**

O objeto deste trabalho consiste na polêmica sobre a cobrança da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa, responsável por diversas demandas ao judiciário. Por força da quantidade e abrangência destes julgados, o Superior Tribunal de Justiça – STJ – editou a Súmula nº 356, favorável à cobrança.

As pesquisas para elaboração desta monografia foram direcionadas à busca de opiniões favoráveis e contrárias à cobrança, na doutrina e em precedentes judiciais no STJ que embasaram a edição daquela súmula. Foram considerados conceitos e princípios que caracterizam o consumidor de telefonia fixa e os seus direitos.

Procurou-se tratar das relações de consumo que envolvem as empresas que operam a telefonia fixa e os consumidores usuários desse serviço. Percebeu-se nesse contexto um verdadeiro embate entre esses consumidores e essas empresas operadoras de telefonia.

Agrega-se a essa equação a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL - que tem por papel regular e fiscalizar o setor de telefonia, provendo ao governo e à sociedade em geral informações técnicas e ações direcionadas ao equilíbrio dos contratos e à proteção dos consumidores.

E esse embate de interesses tem no seu cerne questões políticas e financeiras. Por um lado, há uma ampla estratégia de setores mais liberais, que propalam a privatização ocorrida no setor de telecomunicações como marco de sucesso. Em lado oposto, aqueles que defendem a maior intervenção do Estado na economia entendem que o modelo

adotado de privatização do setor teve por meta apenas o interesse de poderosos grupos econômicos, em detrimento das necessidades da população brasileira em geral.

Nas ramificações desse jogo de interesses, um dos pontos que desperta mais polêmica refere-se à cobrança da tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia fixa. E a avaliação das divergências acerca deste tema tornou-se o objetivo central desta monografia.

Definiu-se a necessidade de alcançar os seguintes objetivos específicos para este trabalho: avaliar a cobrança da assinatura básica nos serviços de telefonia fixa, sob a ótica do Direito do Consumidor; expor a controvérsia existente entre as correntes que defendem e aquelas que se opõem à cobrança da tarifa e, por fim, concluir sobre a edição da Súmula nº 356 do STJ, que se mostrou como mais uma etapa favorável a quem busca a legitimação da cobrança.

Evidencia-se claramente as hipóteses a serem tratadas nesta monografia: uma no sentido da legalidade da cobrança da assinatura básica nos serviços de telefonia fixa e a outra, contraposta, que repudia esta cobrança.

Quanto à estrutura do trabalho, o primeiro capítulo aborda conceitos caracterizadores do Direito do Consumidor e o papel do Estado, enquanto que o segundo e o terceiro capítulo tratam da controvérsia entre as posições adotadas sobre o tema desta monografia e também da análise comparativa desta divergência.

Aplicou-se a linha de pesquisa dogmático-instrumental, com enfoque no método de abordagem dedutiva, valendo-se da opinião de autores que se manifestaram sobre o tema e dos pronunciamentos e julgados que levaram à edição da Súmula pelo STJ.

Sobre a técnica de pesquisa, fêz-se uso da bibliográfica e documental, com consulta a livros, textos e material publicado na internet, notadamente no que diz respeito à jurisprudência emanada pelo STJ.



## 1 A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Neste capítulo aborda-se conceitos que caracterizam o usuário de telefonia como consumidor de serviços. Refere-se também ao papel de intervenção e controle do Estado no setor de telecomunicações, desempenhado primordialmente através de agência regulatória.

### 1.1 Conceito de consumidor

Na obra Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto, José Geraldo Brito Filomeno ensina que o conceito adotado pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC<sup>1</sup> - tem caráter econômico.<sup>2</sup>

Considera-se consumidor quem adquire bens ou serviços no mercado de consumo, como destinatário fático e econômico, para atender a uma necessidade pessoal. Deste modo, não são considerados consumidores os que buscam no mercado produtos e serviços que tenham por finalidade aplicação comercial.

Abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, psicológica e outras, entendemos por “consumidor” qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DOU 12.9.1990.

<sup>2</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 28.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 32.

É interessante destacar que os autores dessa obra integraram ou assessoraram a comissão que apresentou o Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, no âmbito do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor.

Na obra afasta-se do conceito de consumidor qualquer dos componentes de natureza sociológica ou psicológica. Limita-se este conceito ao componente econômico. E de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, este é o conceito com o qual deve ser encarado o consumidor, ou seja, apenas sob a acepção econômico-jurídica do termo.

O autor destaca que o CDC considera como passíveis de serem consumidores pessoas físicas ou jurídicas. Todavia não é considerado consumidor aquele que utiliza ou consome produtos ou serviços que serão integrados em processo de produção, transformação ou comercialização. Alguns outros ordenamentos jurídicos, como por exemplo o italiano, admite apenas pessoas físicas.

Distingue-se ainda o CDC ao estabelecer a responsabilidade dos profissionais liberais, no art. 14, § 4º e também por estender sua proteção tanto ao adquirente de bens novos quanto ao de bens usados.<sup>4</sup>

Há os que defendem que excetuando-se as pessoas jurídicas comprovadamente sem fins lucrativos, não se deveria, dada à discutível fragilidade ou vulnerabilidade da parte, admitir-se a caracterização da pessoa jurídica consumidora. Esta posição, porém, não foi adotada pelo legislador ao aprovar o texto do CDC.

E isto pela simples constatação de que dispõem as pessoas jurídicas de força suficiente para sua defesa, enquanto o consumidor, ou, ainda, a coletividade de consumidores ficam inteiramente desprotegidos e imobilizados pelos altos custos e morosidade crônica da justiça comum. Prevaleceu, entretanto,

---

<sup>4</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 30.

como de resto em algumas legislações alienígenas inspiradas na nossa, a inclusão de pessoas jurídicas igualmente como “consumidores” de produtos e serviços, embora com a ressalva de que assim são entendidas aquelas como destinatárias finais dos produtos e serviços que adquirem, e não como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa. Entendemos, contudo, mais racional que sejam consideradas aqui as *pessoas jurídicas equiparadas aos consumidores vulneráveis*, ou seja, as que não tenham fins lucrativos, mesmo porque, insista-se, a conceituação é indissociável do aspecto da mencionada fragilidade. E, por outro lado, complementando essa pedra de toque do “consumerismo”, diríamos que a “destinação final” de produtos e serviços, ou seja, sem fim negocial, ou “uso não profissional”, encerra esse conceito fundamental.<sup>5</sup>

Ressalta-se contudo que a distinção entre pessoas físicas e jurídicas no Brasil, em se tratando de direitos do consumidor, por si só, não esclarece a relação consumerista. Esta se apóia, primordialmente, na destinação final do produto ou do serviço e também na análise da vulnerabilidade da pessoa nesta relação jurídica.

[...] na verdade, o critério conceitual do código brasileiro discrepa da própria filosofia consumerista ao colocar a pessoa jurídica como também consumidora de produtos e serviços. E isto exatamente pela simples razão de que o consumidor, geralmente vulnerável como pessoa física, defronta-se com o poder econômico dos fornecedores em geral, o que não ocorre com estes que, bem ou mal, grandes ou pequenos, detêm maior informação e meios de defender-se uns dos outros quando houver impasses e conflitos de interesses.<sup>6</sup>

Porém Héctor Valverde Santana diverge desse entendimento ao comentar a contratação de serviço de telefonia fixa:

[...] a pessoa natural ou jurídica que solicita (contrata) a instalação de um terminal de telefonia fixa em sua residência ou local onde desenvolve sua atividade (empresarial ou não) é consumidora, pois utiliza um serviço disponibilizado no mercado, mediante remuneração, como destinatário final.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 33.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 35-36.

<sup>7</sup> SANTANA, Héctor Valverde. **A ilegalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_84/Artigos/PDF/HectorValverde\\_rev84.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf)> Acesso em: 05 abr. 2010.

A definição de fornecedor, disposta no artigo 3º do CDC admite, a princípio, que negócios firmados entre consumidores junto a órgãos ou empresas públicas sejam considerados contratos de consumo. Porém, os contratos celebrados com a administração pública mantêm certa verticalidade, possibilitando a quebra do equilíbrio contratual.

Certo é que cabe à administração cumprir as leis, e, em realidade, o CDC impõe a ela e a seus concessionários, na condição de fornecedores de serviços e eventualmente de produtos, deveres específicos, muitos deles relacionados ao equilíbrio do contrato. A nova disciplina dos contratos de fornecimento de serviços públicos deverá conciliar as imposições do direito constitucional com a proteção do consumidor e as prerrogativas administrativas.<sup>8</sup>

O art. 4º do CDC justifica a tutela à figura do consumidor ao ressaltar a busca do equilíbrio nas relações de consumo, através da harmonização dos interesses dos participantes.

De forma geral o consumidor desconhece os elementos técnicos inerentes ao objeto da relação de consumo, podendo vir a ser prejudicado. Em vista desta vulnerabilidade, se estabelece a necessidade de que seja protegido. Se há fragilidade, deve-se compensá-la atribuindo-lhe uma proteção especial. Sobrevive a lição de Rui Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 127.

<sup>9</sup> BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**: edição popular anotada por Adriano da Gama Kuri. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26.

O confronto entre fornecedores e consumidores não é desejado. De modo contrário, harmonizadas as relações entre eles, estarão objetivamente presentes condições de respeito aos contratos e de confiança entre as partes. Ou seja, de forma positiva, estarão estabelecidos os alicerces para a aplicação do princípio da boa-fé contratual.

O princípio da boa-fé estabelece a confiança no vínculo contratual. O consumidor deve confiar que os produtos que contrata estão de acordo com as suas expectativas e que, caso isto não se observe, poderá pleitear a reparação, na medida de seu prejuízo. Esta garantia lhe está assegurada no CDC.

Em se tratando de relações de consumo, espera-se o equilíbrio entre as obrigações e os deveres das partes. Garante-se a prestação do que for acordado. Presume-se assegurada ao consumidor a adequação do produto ou do serviço adquirido. Cabe ao Estado assegurar que ocorra este equilíbrio e que a expectativa do consumidor venha a ser alcançada.

E essa expectativa do consumidor somente é possível de ser alcançada porque foram proibidas cláusulas abusivas, que acarretem vantagens desproporcionais para o fornecedor ou que contrariem a boa-fé e equidade contratual, conforme estabelece o art. 51, inciso IV do CDC.

Formado o vínculo contratual de consumo, o novo direito dos contratos opta por proteger não só a vontade das partes, mas também os legítimos interesses e expectativas dos consumidores. O princípio da equidade, do equilíbrio contratual é cogente; A lei brasileira, como veremos, não exige que a cláusula abusiva tenha sido incluída no contrato por "abuso do poderio econômico" do fornecedor, como exigia a lei francesa; ao contrário, o CDC sanciona e afasta apenas o resultado, o desequilíbrio, não exige um ato reprovável do fornecedor; a cláusula pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas, se traz vantagem excessiva para

o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contrária às novas normas de ordem pública de proteção do CDC e a autonomia de vontade não prevalecerá.<sup>10</sup>

As cláusulas abusivas revestem-se de nulidade absoluta. Estabelece-se assim no CDC a supremacia da boa-fé e da equidade, quando em confronto com a vontade das partes. O art. 39 do CDC lista uma série exemplificativa dessas práticas. A vedação impede ao fornecedor o uso de sua superioridade técnica ou econômica em desfavor dos consumidores.

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin explica que para as cláusulas abusivas vige absoluta presunção de ilicitude. Justifica que estes atos não se coadunam com a boa-fé esperada na relação entre fornecedores e consumidores.<sup>11</sup>

O autor elucida que não se deve confundir as práticas abusivas, dispostas no CDC, com as ações relacionadas à concorrência desleal. No códex consumerista se invoca atividades que comprometem as relações de consumo. Reprova-se estas atividades por acarretarem dano ou lesão aos consumidores, que devem ser reparados pelos fornecedores de produtos ou serviços.

Explica que as práticas abusivas se apresentam ao consumidor sob as mais diversas formas:

As práticas abusivas nem sempre se mostram como atividade enganosa. Muitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, carregam alta dose de imoralidade econômica e de opressão. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 124.

<sup>11</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 372.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 373.

Contra as cláusulas abusivas cabem sanções administrativas ou penais. Ressalva-se não caberem sanções civis pois a Presidência da República vetou o art. 45 do Projeto de Lei do CDC, que puniria a prática com multa proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator.

## 1.2 Os direitos do consumidor de serviços de telefonia fixa

O Procurador da República na Paraíba, Duciran Van Marsen Farena, enuncia e comenta, em linhas gerais, alguns dos direitos básicos dos consumidores usuários da telefonia fixa.<sup>13</sup>

Direito à proteção do Estado no mercado regulado (art. 4º do CDC): Esclarece-nos o autor que cabe ao Estado por intermédio de todos os seus órgãos, sejam eles dedicados à defesa do consumidor ou à atividade regulatória, intervir na busca de solucionar conflitos de consumo ocorridos no mercado, assegurando direitos e coibindo abusos.

Direito ao reconhecimento de sua vulnerabilidade (art. 4º, inciso I do CDC): Aqui remete o autor ao tratamento desigual a ser despendido entre o usuário consumidor e a prestadora fornecedora de serviços. E desigual no sentido de que deve ser preservado o consumidor, em razão de sua vulnerabilidade. Por este motivo, critica dispositivos que remetam os conflitos no setor à simples negociação ou à arbitragem.

Direito de acesso (art. 3º, inciso I da Lei Geral de Telecomunicações – LGT<sup>14</sup>): O autor vincula o direito de acesso à modicidade tarifária. Ressalta que migrar o

<sup>13</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. O Código de Defesa do Consumidor e os direitos do consumidor usuário do sistema de telefonia fixa. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 40, out./dez.2001, p. 97-99.

<sup>14</sup> BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. DOU de 17.7.97.

usuário da telefonia fixa para o celular pré-pago não caracteriza a universalização dos serviços e que, pelo contrário, escancara as barreiras no acesso a serviço essencial.

Direito à liberdade de escolha (art. 3º, inciso II da LGT): Trata-se do direito do usuário em escolher a sua prestadora de serviço. Distingue-se o avanço proporcionado pela aprovação do Regulamento Geral de Portabilidade, anexo à Resolução nº 460 da ANATEL, de 19 de março de 2007, o qual estabelece as condições para a implementação da portabilidade numérica do código de acesso pelas empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, obrigando-as a assegurar aos usuários esta portabilidade.

Direito a um serviço adequado, eficiente e seguro (art. 22 do CDC): O autor remete a adequação dos serviços de telefonia ao respeito pelos direitos dos usuários. Destaca que não raro os regulamentos da ANATEL dispõem contra este princípio e, pior ainda, autorizam o seu descumprimento.

Direito à continuidade ou não suspensão do serviço (art. 22 do CDC e art. 3º, inciso VII da LGT): Para o autor, veste-se de ilegalidade a suspensão do serviço pelo não pagamento de cobranças diversas e serviços de valor adicional incluídos na fatura telefônica. Tais serviços constituem venda casada, prática vedada pelo art. 39, inciso I do CDC.

Direito à modicidade tarifária (art. 6º, § 1º da Lei nº 8.987/95)<sup>15</sup>: Acerca deste direito, o autor tece críticas à forma como os contratos, a regulamentação e a própria agência prestigiam as prestadoras, ao valorizar as suas alegações de rompimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

---

<sup>15</sup> BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. DOU de 14.2.1995.



Direito à informação (art. 6º, inciso III do CDC): trata-se do esclarecimento dos direitos e das condições dos serviços em linguagem clara e acessível aos usuários.

Direito à privacidade (art. 3º, incisos V, VI e IX da LGT): As informações prestadas pelos consumidores devem se restringir ao estritamente necessário ao serviço em si, não podendo ser utilizadas comercialmente pelas operadoras.

Direito de contestação e petição (art. 3º, incisos X e XI da LGT): O autor cita que é direito do usuário receber respostas às suas reclamações encaminhadas à ANATEL ou às operadoras de telefonia e de ser informado sobre os fundamentos e dados técnicos que embasaram as decisões dos órgãos analisadores.

Direito à prevenção e efetiva reparação dos danos materiais e morais (art. 6º, incisos VI e VII e art. 7º, § único do CDC e art. 3º, inciso XII da LGT): Para o autor cabe administrativamente à ANATEL a prevenção, regulamentando adequadamente os serviços. A regulamentação deve observar os direitos dos consumidores e a ação administrativa a se adotar na reparação de lesões a estes direitos. No *front* judiciário, a necessidade de inversão do ônus da prova face à incapacidade técnica dos consumidores.

Importante destacar que esta relação não é exaustiva, mas que demonstra a preocupação do legislador em amparar o consumidor, na procura do equilíbrio entre as partes que atuam nas relações de consumo.

### 1.3 O Estado fornecedor de serviços

O art. 22 do CDC versa sobre a obrigação de fazer e a responsabilidade civil do Estado atuando como fornecedor no mercado de consumo.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Zelmo Denari assenta que por serem admitidas as pessoas jurídicas de Direito Público no pólo ativo das relações de consumo, figurando como fornecedoras de serviços, se sujeitam por conseguinte a ocupar o pólo passivo em relações que apurem ocorrências relacionadas ao consumo e acrescenta ainda que:

O art. 22 faz remissão às empresas - *rectius* empresas públicas – concessionárias de serviços públicos, entes administrativos com personalidade de Direito Privado, mas por extensão é aplicável às sociedades de economia mista, fundações e autarquias, posto que omitidas, sempre que prestarem serviços públicos.<sup>16</sup>

Ressalva Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva que o CDC não pode ser aplicado sobre a totalidade de serviços fornecidos pelo Estado, apenas incidindo sobre os serviços públicos impróprios (*uti singuli*) e não sobre os próprios (*uti universi*). Ensina que os serviços públicos próprios são aqueles prestados diretamente pelo Estado.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 224.

<sup>17</sup> SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor anotado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 86.

O autor esclarece também que ao atuar como fornecedor, sob a égide do CDC, o Estado afasta-se da aplicação de alguns dos preceitos decorrentes do Direito Administrativo:

Visto o caráter predominantemente contratual dos serviços públicos abrangidos pelo CDC, alicerçados que estão na autonomia da vontade, tem-se a incompatibilidade entre os princípios que regem aqueles e os preceitos de direito administrativo, entre o quais o da presunção de legitimidade de que goza o ato administrativo, a qual redundaria no ônus de provar a invalidade do ato para quem a alega.<sup>18</sup>

Determinado o conjunto de entes passíveis de serem abrangidos pelo dispositivo legal, se extrai também que ao atuarem como fornecedores se obrigam a observar os requisitos essenciais da adequação, eficiência, segurança e da continuidade dos serviços. Na sequência, Jorge Carvalho Silva conceitua alguns desses requisitos:

Sobre serviços públicos adequados, o autor reforça que é dever dos órgãos públicos a prestação de serviços que se ajustem ao fim pretendido. Cita que o art. 175 da Constituição Federal incumbe ao Poder Público a obrigação de manter serviços adequados.<sup>19</sup>

Serviços públicos eficientes, conforme o autor, são serviços em que se espera que produzam efeitos e resultados práticos ou positivos.<sup>20</sup> Alerta Elaine Cardoso de Matos Novais sobre estes serviços que:

[...] não interessa à população um serviço apenas condizente com as normas regulamentares, que possua riscos suportáveis para o caso e cuja prestação seja feita sem interrupções. Revela-se imperiosa a eficiência do serviço, ou seja, seu pleno funcionamento e atendimento aos fins colimados.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor anotado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 241.

Serviços públicos seguros são aqueles “isentos de perigo à vida e ao patrimônio dos consumidores, individual ou coletivamente considerados”.<sup>22</sup> Pretende-se prevenir ocorrências que possam afetar a integridade do consumidor. Acrescenta Elaine Novais que a aferição da segurança dos serviços tem por finalidade garantir a incolumidade física e psíquica do consumidor.<sup>23</sup>

Quanto aos serviços públicos essenciais e contínuos, Zelmo Denari cuida de apontar a dificuldade em definir a essencialidade de um serviço público e arrisca alguns exemplos:

Com efeito, cotejados, em seus aspectos multifacetários, os serviços de comunicação telefônica, de fornecimento de energia elétrica, água, coleta de esgoto ou de lixo domiciliar, todos passam por uma gradação de essencialidade, que se exacerba justamente quando estão em causa os serviços públicos difusos (*ut universi*) relativos à segurança, saúde e educação.<sup>24</sup>

Seguindo em seu raciocínio, chega à conclusão de que o requisito da essencialidade está presente em todos os serviços prestados pelo Poder Público, que não podem dele se dissociar.

Sobre a continuidade dos serviços, o autor explica que quando o que está em jogo é o interesse individual, a inobservância das normas administrativas que regem a disponibilidade do serviço deve ser atacada e que o usuário pode ter interrompida a disponibilização do serviço.

Um dos temas mais polêmicos, nesta sede, indaga se as concessionárias de serviços públicos podem cortar o fornecimento de luz, água ou telefone, na hipótese de inadimplemento dos respectivos usuários. A obrigação de pagar

---

<sup>22</sup> SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor anotado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88.

<sup>23</sup> NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Curitiba: Juruá, 2006, p. 241.

<sup>24</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 225.

as contas de luz, água ou telefone não é tributária, pois trata-se de serviços prestados sob o regime de Direito Privado, remunerados por meio dos preços públicos, ou seja, por meio das tarifas.<sup>25</sup>

Zelmo Denari excetua dessa regra as pessoas jurídicas de Direito Público.

Essas entidades, em razão do interesse público, não podem sofrer cortes no fornecimento dos serviços, para não prejudicar os serviços que prestam à população em geral.<sup>26</sup>

#### 1.4 O Estado e a tutela das relações de consumo

A tutela do Estado sobre as relações de consumo não ocorreu repentinamente. A inferioridade do consumidor o fragiliza diante do poder exercido pelos fornecedores.

Desse modo, para a reposição do equilíbrio na relação estabelecida, houve por bem o Estado intervir, criando um sistema de proteção que permita às partes uma negociação equilibrada. Somente com esta intervenção foi possível aproximar-se do ideal de igualdade entre as partes contratantes.

Aponta João Batista de Almeida que o primeiro pilar para a instituição da tutela pelo Estado está no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor:

A tutela não surgiu assim aleatória e espontaneamente. Trata-se, como se vê, de uma reação a um quadro social, reconhecidamente concreto, em que se vislumbrou a posição de inferioridade do consumidor em face do poder econômico do fornecedor, bem como a insuficiência dos esquemas tradicionais do direito substancial e processual, que já não mais tutelavam novos interesses identificados como coletivos e difusos.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 225.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 226.

<sup>27</sup> ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 22.

Porém, o movimento consumerista que alçou importante destaque na ordem econômica atual não se fortaleceu da noite para o dia. Seu estágio atual adveio da constante luta dos trabalhadores por melhores condições de sobrevivência, em incontáveis conquistas promovidas por movimentos sociais.

[...] o chamado “movimento consumerista”, tal qual nós o conhecemos hoje, nasceu e se desenvolveu a partir da segunda metade do século XIX, nos Estados Unidos, ao mesmo tempo em que os movimentos sindicalistas lutavam por melhores condições de trabalho e do poder aquisitivo dos chamados “frigoríficos de Chicago”.<sup>28</sup>

É inegável que, tratando-se de relações de consumo, a situação do consumidor é desvantajosa frente ao poderio fático e econômico dos fornecedores de produtos e de serviços.

As condições de vulnerabilidade ou de hipossuficiência do consumidor se caracterizam pela falta de informação sobre o produto ou serviço ofertado, por atitudes fraudulentas por parte da cadeia de fornecedores ou pela falta ou insuficiência de garantias em relação ao objeto de consumo.

Diante desse quadro, houve por bem o legislador promover, através do CDC, a equidade entre as partes, vedando aos fornecedores a prática de atos lesivos ao consumidor.

De fato, não se justificaria a tutela estatal caso se estivesse diante da desejável situação do consumidor em naturais condições de equilíbrio em relação ao fornecedor, absolutamente ciente de seus direitos e deveres, além de bem informado e educado para o consumo.

---

<sup>28</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 70.

O CDC estabelece as condições para que as relações de consumo alcancem o equilíbrio, ao determinar a disponibilidade das informações necessárias ao consumidor e que lhe seja amplamente facultada a livre escolha.

Essa liberdade de escolha pode ser encarada como o distanciamento das amarras que trazem ao consumidor os dissabores proporcionados pelas ocorrências relacionadas a incidentes de consumo.

Historicamente o Estado é chamado a apaziguar os conflitos sociais. João Batista de Almeida faz uma ilustração comparativa entre as figuras do empregado e do consumidor, traçando um paralelismo histórico entre elas:

Há certo paralelismo entre o empregado e o consumidor. Está ocorrendo com a defesa do consumidor o mesmo fenômeno vivido há cinquenta anos quando surgiu a tutela do empregado nas relações de trabalho: é que tal tutela só foi possível e se tornou real após o reconhecimento da situação de fragilidade e dependência econômica do empregado em face do empregador. O mesmo está ocorrendo agora em relação ao consumidor, ou seja, do reconhecimento de sua vulnerabilidade está nascendo a tutela legal.<sup>29</sup>

Esses movimentos guardam correlação com a passagem do Estado Liberal, de intervenção estatal mínima, para o Estado Social, que invoca para si a proteção aos interesses maiores da sociedade.

Durante o Estado Liberal os negócios privados fluem livremente, seguindo as tendências de mercado. A máquina do Estado é conduzida pela burguesia. A palavra de ordem é o individualismo, com desprezo à coação estatal. Porém, com o desenvolvimento do Estado, torna-se necessária a organização das atividades produtivas e o atendimento às crescentes reivindicações da sociedade.

---

<sup>29</sup> ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

O Estado passa a tutelar valores sociais e não mais apenas valores individuais e intervém na economia, para dar respostas aos novos anseios da sociedade que emerge.

Houve, então, a passagem do Estado liberal ao Estado social, abrandando-se o individualismo exacerbado do primeiro e adotando-se elementos de reforma e de humanismo do segundo, com reflexos positivos na área da tutela do consumidor.<sup>30</sup>

João Batista de Almeida dispõe que no Brasil a transformação do Estado Liberal em Estado Social ocorre a partir de 1930 e 1934, com a inclusão constitucional do capítulo atinente à Ordem Econômica e Social.

Expressa que na Constituição Federal de 1988 houve a reserva de títulos e a Ordem Econômica e Financeira separou-se da Ordem Social. Ressalta a elevação da defesa do consumidor a princípio de ordem econômica no art. 170, inciso V da Constituição Federal. Descreve que, para atingir a proteção ao consumidor, o legislador relativiza a autonomia da vontade, submetendo-a à prevalência do interesse social.

Tal princípio equivale a dizer que o Estado intervirá na área econômica para garantir a defesa do consumidor, havida pelo constituinte como um direito constitucional fundamental (art. 5º, XXXII). Na necessidade de intervir no domínio econômico para assegurar a defesa do consumidor reside a justificativa da tutela, pois sem tal intervenção poderá resultar ineficaz a proteção de que se cuida.<sup>31</sup>

O autor conclui que estando o consumidor educado e informado sobre consumo ocorre o equilíbrio ideal nas relações consumeristas. O consumidor deixa de ser hipossuficiente ou vulnerável, podendo então ser dispensada a tutela protetiva do Estado.

[...] nada mais justo e correto do que buscar restabelecer o equilíbrio desejado, quer protegendo o consumidor, quer educando-o, quer fornecendo-lhe instrumentos e mecanismos de superação desses desequilíbrios. Com

---

<sup>30</sup> ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.

<sup>31</sup> *Ibidem*, 28.



isso, as relações de consumo poderão cumprir seus objetivos, com maior harmonia e redução de conflitos. Numa consideração talvez utópica, poder-se ia dizer que, uma vez alcançado esse tão almejado equilíbrio – ideal – o consumidor seria alçado à condição de igualdade em face do empresário, e, nesse relacionamento de maturidade e consciência, não haveria mais necessidade da tutela. Ele estaria emancipado: não seria hipossuficiente, nem vulnerável.<sup>32</sup>

No entanto, se observa que a sociedade brasileira ainda não atingiu esse objetivo. Embora, devido às ações desenvolvidas pelo Estado, tenha-se hoje um inegável avanço na busca do equilíbrio entre fornecedores e consumidores.

## 1.5 O controle administrativo

Instituir regras que regulamentem as atividades de interesse público muitas vezes exige conhecimento técnico específico. Isto ocorre com os setores de telecomunicações, transportes e de saúde. Essa necessidade faz com que se expanda a intervenção estatal, através de seus órgãos administrativos.

No campo administrativo, foram criados através de lei os PROCON, órgãos públicos de proteção ao consumidor, que se destacam no controle de ocorrências relacionadas a consumo. Têm por meta garantir os direitos dos consumidores, atuando de acordo com o CDC e o Decreto nº 2.181/97.<sup>33</sup>

Os PROCON orientam, recebem, analisam e encaminham reclamações, consultas e denúncias de consumidores. Executam fiscalização prévia dos direitos dos consumidores e podem aplicar sanções, quando necessário.

---

<sup>32</sup> ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 33.

<sup>33</sup> BRASIL. **Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. DOU de 21.3.97.

Outro órgão de atuação administrativa é o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC. Este órgão coordena a política e as ações do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC. Atua em casos de relevância nacional envolvendo a classe consumidora. Desenvolve ações com vistas ao aperfeiçoamento do sistema, à educação para o consumo e para melhor informar e orientar os consumidores.

O Ministério Público também tem papel de destaque na defesa do consumidor. Agindo como órgão de conciliação, está legitimado a propor ação civil pública e a efetuar o controle, em abstrato, das cláusulas abusivas (art. 51, § 4º do CDC).

As associações de defesa do consumidor, entidades e órgãos da administração pública passaram a ter legitimidade ativa em ações coletivas de defesa de interesses individuais homogêneos. Esses interesses decorrem, por exemplo, de problemas relacionados ao consumo de um determinado produto que apresente algum defeito e que tenha sido produzido em série.

O CDC em seu art. 4º, inciso V, incentiva a criação de mecanismos alternativos para a solução de conflitos de consumo. A arbitragem é um dos mecanismos que colaboram para a solução desses conflitos.

Geralmente é executada por órgãos privados, que buscam dar celeridade à conclusão das controvérsias. A grande vantagem reside no fato de não se ter que movimentar a máquina judiciária.

Entretanto, esgotados os meios administrativos, ou caso o consumidor não queira a eles recorrer, tem-se fora da esfera administrativa também a opção pelos Juizados Especiais. Estes juizados desafogam as demandas judiciais, barateando custos e dando

celeridade às questões levadas à apreciação do judiciário. Na obra *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* é ressaltado esse papel da justiça:

A jurisprudência brasileira tem sido sensível a esta necessidade de intervenção estatal nas relações de consumo, para a proteção do mais fraco, e destaca o mandamento constitucional de proteção do consumidor e do caráter indisponível, de ordem pública e fim social, das normas do CDC, com fortes reflexos práticos.<sup>34</sup>

Por último, retornando ao campo administrativo, tem-se que às agências reguladoras é destinado importante papel a desempenhar na proteção e defesa do consumidor. Ocorre porém que, com frequência, não o desempenham satisfatoriamente, ensejando uma série de críticas à sua atuação.

## **1.6 A regulação no Brasil**

O Brasil desenvolveu no passado tendência intervencionista que pôs o Estado a atuar em diferentes setores da economia. Podia-se inclusive questionar a relevância ao interesse público de alguns destes setores.

Para implementar essa forma de atuação, foram criadas diversas empresas estatais que, com o passar do tempo, demonstraram-se suscetíveis às injunções político-partidárias. Na quase totalidade das vezes, estas empresas tornaram-se ineficientes, distanciando-se do objetivo de serem úteis à sociedade.

Também se evidenciou a escassez de recursos para investimentos, deslocados para atender às áreas mais necessitadas de recursos. Nesse contexto, os setores de atuação dessas empresas, e elas próprias, passaram a apresentar defasagem tecnológica e padrões de eficiência incompatíveis com as exigências que se avolumavam.

---

<sup>34</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 126.

O art. 173 da Constituição Federal estabelece que são necessários os requisitos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo para que o Estado intervenha na economia. No art. 174 ressalta-se o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

De acordo com Alexandre Moraes, a sobrecarga na execução de obras e serviços públicos leva o Estado à descentralização destes serviços, entregando parte de sua execução a entes privados.

Assim, o Poder Público passou a concentrar-se na elaboração de metas e na política regulatória e fiscalizatória dos diversos setores da economia, descentralizando a realização dos serviços públicos, por meio de permissões ou concessões ao setor privado.<sup>35</sup>

O autor deduz ser por isso que no Estado moderno o governo mantém a centralização dos poderes executivo e legislativo, embora aceite uma parcela maior de descentralização administrativa. Segundo ele, há um movimento de separação entre a centralização política e a descentralização administrativa, daí surgindo novas estruturas com funções administrativas.

Por iniciativa do executivo, o poder legislativo tem delegado funções às agências reguladoras, “competindo ao Congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos básicos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas atividades”.<sup>36</sup>

Dessa forma, as agências reguladoras passam a desfrutar de poder normativo, com o objetivo de que atendam às metas fixadas em lei. Ocorre por conseguinte uma mudança de eixo das atividades fiscalizadoras e gerenciais, que passam da administração direta para as agências.

---

<sup>35</sup> MORAES, Alexandre de (Org). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 18.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 20.

Essa transferência de atividades decisórias e regulatórias da Administração Direta para as Agências Reguladoras deverá, obrigatoriamente, ser feita por lei, de iniciativa do Poder Executivo, e estar relacionada à promoção de eficiência, à defesa do mercado e das liberdades econômicas das pessoas vinculadas à prestação de serviços públicos, ao lado da justa e razoável fixação das tarifas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro da empresa concessionária.<sup>37</sup>

O comportamento dessas agências deve estar estritamente limitado aos ditames da lei. O autor ressalta que:

[...] não poderão, no exercício de seu poder normativo, inovar primariamente a ordem jurídica - ou seja, regulamentar matéria para a qual inexistia um prévio conceito genérico em sua lei instituidora (*standards*) -; tampouco poderão criar ou aplicar sanções não previstas em lei.<sup>38</sup>

As agências possuem independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica e autonomia financeira. Para garantia destes requisitos, seus dirigentes têm mandato fixo e estabilidade, impossibilitando a demissão *ad nutum*.

O art. 37 da Constituição Federal estabelece que a criação dessas autarquias somente ocorre por lei específica. A lei deve determinar as atividades e os objetivos de sua criação.

Conforme alertam Umberto Celli Junior e Cláudia Silva de Santana, os contratos de gestão não podem ser desviados de sua principal finalidade, que é a manutenção do vínculo entre as agências e as políticas públicas.<sup>39</sup> Estes instrumentos de gestão devem garantir que as agências não sirvam a outros interesses ou que pratiquem atos incompatíveis com os papéis previstos para estes órgãos.

---

<sup>37</sup> MORAES, Alexandre de (Org). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 21.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>39</sup> CELLI JÚNIOR, Umberto; SANTANA, Cláudia Silva de. Telecomunicações no Brasil: balanço e perspectivas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: v. 238, out./dez.2004, p. 13.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 3.337/2004, de relatoria do Deputado Federal Leonardo Picciani (PMDB/RJ), que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras.

O Projeto prevê que as agências reguladoras firmem contratos de gestão e de desempenho, que serviriam como instrumento de acompanhamento da atuação administrativa da agência e da avaliação de seu desempenho.

### **1.7 A regulação no setor de telecomunicações**

A Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, alterou o art. 21, inciso XI da Constituição Federal, possibilitando a abertura do mercado de telecomunicações no Brasil. Elimina-se assim o monopólio estatal na prestação desses serviços.

Em 16 de julho de 1997, a LGT autorizou a privatização do Sistema Telebrás e a criação da ANATEL. A agência tem a atribuição de órgão regulador, definida na Constituição Federal nos artigos 21, inciso XI e 177, § 2º, inciso III.

Apontam Umberto Celli Junior e Cláudia Silva de Santana<sup>40</sup> que foram estabelecidas como diretrizes básicas para regulamentação do setor a expansão e a universalização dos serviços de telecomunicações, o incentivo à concorrência e a garantia de parâmetros mínimos de qualidade destes serviços.

Os autores avaliaram a mudança ocorrida após definidas as diretrizes básicas para o setor:

---

<sup>40</sup> CELLI JÚNIOR, Umberto; SANTANA, Cláudia Silva de. Telecomunicações no Brasil: balanço e perspectivas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: v. 238, out./dez.2004, p. 2.

Verificou-se, conseqüentemente, uma significativa expansão dos serviços de telecomunicações. A atual disponibilidade de linhas telefônicas fixas e de telefones celulares contrasta com a precariedade na oferta de serviços de telecomunicações no Brasil anterior à privatização. Na época do Sistema Telebrás, o preço oficial de uma linha telefônica fixa chegou a ser superior a US\$ 3 mil e a espera por uma linha adquirida pelos chamados planos de expansão ultrapassava dois anos. Como as estatais não conseguiam suprir a demanda, nem tampouco cumprir os prazos para instalação e transferência de telefones, criou-se um mercado paralelo de venda de telefones. O telefone celular era inacessível à maioria esmagadora da população, tanto pelo preço dos aparelhos quanto pelas exigências das estatais para a aquisição de uma linha.<sup>41</sup>

Ainda assim os problemas enfrentados pelo setor estão longe de serem resolvidos. As tarifas praticadas pelas empresas operadoras de telefonia, a pouca concorrência, o elevado número de ações na justiça, a priorização de serviços direcionados à população de maior poder aquisitivo, dentre diversos outros pontos controversos, estão a demonstrar que o modelo carece ainda de significativos ajustes.

O aprimoramento dos serviços de telecomunicações no Brasil é, pois, fato incontestável, o que permite afirmar que o modelo adotado tem sido razoavelmente bem-sucedido. Isso não significa, no entanto, que tal modelo esteja isento de problemas e que não necessite de ajustes.<sup>42</sup>

Como visto anteriormente, a redução do Estado intervencionista na economia foi causa indutora da criação das agências reguladoras. Estando atividades econômicas essenciais sob o exercício privado, passa a ser necessário um acompanhamento técnico especializado, sob pena de se perder totalmente o controle dessas atividades.

A LGT definiu que cabe à ANATEL estabelecer metas para a prestação dos serviços pelas prestadoras, regulamentar e fiscalizar os serviços prestados, proteger os usuários-consumidores e intermediar as disputas entre empresas do setor, restando ao Poder Executivo o estabelecimento de políticas públicas.

---

<sup>41</sup> CELLI JÚNIOR, Umberto; SANTANA, Cláudia Silva de. Telecomunicações no Brasil: balanço e perspectivas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: v. 238, out./dez.2004, p. 3.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 4.

Conhecer essa divisão de funções é crucial para se entender alguns dos problemas enfrentados, pois regulação e políticas públicas por vezes se chocam. Isto acontece, por exemplo, com os reajustes de tarifas, que frequentemente acarretam disputas acirradas entre a avaliação técnica efetuada pela agência e o interesse político em jogo.

Percebe-se a influência de terceiros interessados na tomada de decisões pela agência reguladora. Estas ingerências podem levar a escolhas políticas, dissociadas da realidade do setor, advindo daí a necessidade de que o governo e a sociedade civil disponham de instrumentos que permitam fiscalizar as atividades da ANATEL.

As agências reguladoras são criadas por lei e devem atuar no estrito limite das funções que lhe são atribuídas. Deve-se atentar que a falta de controles adequados facilita o descumprimento dos objetivos constitucionais dessas agências.

Por outro lado, a fixação do mandato de seus dirigentes e a sua independência de atuação, previstas em lei, visam limitar ingerências na sua atuação, possibilitando que as decisões tomadas estejam embasadas em pareceres técnicos, importantes anteparos às pressões exercidas por terceiros interessados.

Na visão dos defensores do atual modelo, a competência do Poder Executivo, tal como definida pelo artigo 18 da LGT, deve ser interpretada restritivamente, de forma a garantir a independência da ANATEL e a estabilidade temporária do mandato de seus conselheiros. Isso porque, segundo eles, tais atributos constituem, justamente, uma perspectiva de estabilidade nas relações entre o Poder Público e a iniciativa privada e de diminuição da influência de "*lobbies*" políticos e empresariais nas decisões administrativas mais técnicas ("teoria da captura"). Por outro lado, os críticos do modelo atual argumentam que o artigo 18 é apenas exemplificativo e que a total independência da ANATEL em relação ao Poder Executivo é ilegal por ferir a divisão tripartite dos Poderes, tornando as Agências Reguladoras um "quarto poder".<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> CELLI JÚNIOR, Umberto; SANTANA, Cláudia Silva de. Telecomunicações no Brasil: balanço e perspectivas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: v. 238, out./dez.2004, p. 11.



Pode-se afirmar que a atuação independente da ANATEL, descomprometida de outros interesses que não sejam o de atender e desenvolver o setor de telecomunicações, é fundamental para a efetividade deste órgão em seu esperado papel de agente atuante na fiscalização do cumprimento das leis consumeristas por este setor.

## 2 A COBRANÇA DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA

Em 08 de setembro de 2008 o STJ editou a Súmula nº 356. Através desta Súmula o Tribunal enunciou ser legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa. Desta forma, o STJ sintetizou reiteradas decisões proferidas em relação ao tema. Serviram de precedentes judiciais para a elaboração da Súmula os Recursos Especiais nºs 911.802/RS, 870.600/PB, 994.144/RS, 983.501/RS e 872.584/RS.

Sobre as súmulas no ordenamento jurídico pátrio, esclarece Lenio Luiz Streck:

As súmulas são o resultado da jurisprudência predominante de um tribunal superior brasileiro, autorizado pelo Código de Processo Civil a emití-la, toda vez que existir um incidente de uniformização de jurisprudência, ou, no caso do Superior Tribunal de Justiça, também como resultado de decisões firmadas por unanimidade pela Corte Especial ou por uma Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes (art. 122, § 1º do RISTJ).<sup>44</sup>

A matéria tratada na Súmula nº 356 é de relevante interesse e afeta à população brasileira como um todo. Ao sumular o assunto, o Tribunal deu força à posição predominante de seus membros em favor da legitimidade da cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa. Contudo, são notórias as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que persistem sobre o tema.

---

<sup>44</sup> STRECK, Lenio Luiz . **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 116.

## 2.1 A tarifa de telefonia fixa

Embora usualmente denominado de telefonia fixa, conforme nos conceitua Duciran Farena a nomenclatura técnica para esse ramo das telecomunicações é Serviço Telefônico Fixo Comutado:

[...] definido como o serviço de telecomunicações que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia. São modalidades do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral o serviço local, o serviço de longa distância nacional e o serviço de longa distância internacional. O STFC é classificado, quanto à sua abrangência, como serviço de telecomunicações de interesse coletivo (arts. 3º, XX, 6º e 8º da Resolução 85/98).<sup>45</sup>

Os serviços de telefonia fixa comutada são remunerados por tarifa. O Regulamento do STFC, editado em anexo à Resolução ANATEL nº 426, de 09 de dezembro de 2005, estabeleceu três tipos de tarifas de telefonia fixa. São elas referentes ao preço de assinatura, ao preço de habilitação e ao preço de utilização.

Tarifa ou preço de assinatura corresponde ao valor devido pelo assinante em decorrência da manutenção da disponibilidade do acesso telefônico individualmente, permitindo fruição contínua do serviço.

Tarifa ou preço de habilitação é o valor devido pelo assinante, no início da prestação de serviço, que lhe possibilita a fruição imediata e plena do serviço de telefonia fixa comutada, representando o valor pago na contratação do serviço.

---

<sup>45</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. O Código de Defesa do Consumidor e os direitos do consumidor usuário do sistema de telefonia fixa. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 40, out./dez.2001, p. 96-97.

Tarifa ou preço de utilização é o valor pago periodicamente pelo usuário, em decorrência do uso de serviço, calculado a partir de medições tomadas em virtude da fruição do serviço que lhe foi disponibilizado.

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas registra a controvérsia sobre a remuneração dos serviços públicos. Segundo o autor, a confusão se funda em que alguns serviços públicos admitem a cobrança de tarifa, enquanto outros somente permitem a remuneração pela cobrança de taxa.

[...] subsiste certa confusão na doutrina acerca de quais hipóteses de prestação de serviços públicos admitem a remuneração mediante cobrança de “tarifa” e quais aquelas que devem ser remuneradas apenas por meio da cobrança da taxa. Como esta polêmica tem base constitucional, a previsão legal de remuneração por meio de tarifa não esgota plenamente o assunto.<sup>46</sup>

Verifica-se que o legislador constitucional alimentou essa dúvida. O autor aponta o art. 175, § único, inciso III da Constituição Federal, que se refere ao estabelecimento de uma política tarifária para a remuneração da prestação de serviços públicos. No art. 145, inciso II, permite-se à União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituir tributos em contrapartida à prestação de serviços públicos específicos e divisíveis.

Kiyoshi Harada ressalta a constante confusão proporcionada na caracterização das taxas e das tarifas. Segundo ele, este conflito se dá tanto no campo legislativo como no campo jurisprudencial. Porém, destaca que não se deve confundir seus regimes jurídicos.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **Direito das telecomunicações**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 142.

<sup>47</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 64-65.

Taxa é tributo que assim foi didaticamente definido no art. 3º do Código Tributário Nacional.<sup>48</sup>

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O art. 145, inciso II da Constituição Federal determina que cabe à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios instituir taxas. Porém, apenas quando exercitado o poder de polícia ou quando prestados ou postos à disposição do contribuinte serviços públicos específicos e divisíveis.

A taxa decorre de atuação do Estado. É instituída por lei e cobrada compulsoriamente. Sendo tributo, submete-se ao regime de Direito Público.

Tanto a taxa de polícia como a taxa de serviços pressupõe atuação concreta do Estado. Daí por que a doutrina classifica a taxa como tributo vinculado à atuação estatal. A taxa de polícia pressupõe atuação do poder público, intervindo na propriedade e na liberdade dos indivíduos, impondo-lhes comportamentos comissivos ou omissos, objetivando o bem-estar geral. Já os serviços podem ser efetiva ou potencialmente prestados. Específicos são aqueles que podem ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública. Divisíveis são os serviços suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários.<sup>49</sup>

Kiyoshi Harada esclarece também que tarifa é em realidade sinônimo de preço público e que, para haver preço, exige-se um contrato.<sup>50</sup>

No que tange ao serviço de telefonia fixa, objeto central deste trabalho, pode-se afirmar que, pelas suas características, se está diante de remuneração das concessionárias através de tarifa, conforme assevera Héctor Santana:

<sup>48</sup> BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. DOU de 27.10.1966.

<sup>49</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 65.

<sup>50</sup> Ibidem.

A remuneração do serviço de telefonia fixa tem inequívoca natureza jurídica de tarifa, pois envolve a prestação efetiva de uma atividade no mercado, caracterizado pela facultatividade, por uma empresa privada mediante concessão. A compulsoriedade é traço característico da remuneração do serviço público custeado pela taxa, de natureza tributária.<sup>51</sup>

De acordo com Kiyoshi Harada, pode-se concluir que se há confusão para distinguir entre taxa e tarifa, esta decorre da crescente intervenção do Estado em atividades privadas, através de estatais, em geral, pelo regime de concessão.<sup>52</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua concessão de serviço público como sendo:

[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.<sup>53</sup>

Evidencia-se que embora a tarifa não esteja regulada pelos sistemas tributários, mantém como característica comum com os tributos o fato de estar assentada em elevado interesse coletivo.

## 2.2 A legalidade da cobrança

O Ministro Humberto Martins, relator do Recurso Especial nº 872584/RS<sup>54</sup>, entende que o foco da controvérsia está na escolha entre o respeito ao modelo regulatório aplicado às telecomunicações no Brasil e a possibilidade de que decisões judiciais possam guiar esse modelo.

<sup>51</sup> SANTANA, Héctor Valverde. **A ilegalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_84/Artigos/PDF/HectorValverde\\_rev84.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf)> Acesso em: 05 abr. 2010.

<sup>52</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 65.

<sup>53</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 297-298.

<sup>54</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 872584/RS. Ementa: [...] Relator: Humberto Martins. Brasília, DF, 20 nov. 07. DJ de 29.11.07.

No meu sentir, o ponto de saliência deste recurso é a opção do Superior Tribunal de Justiça entre manter o modelo regulatório das telecomunicações no Brasil, da forma como foi estruturado na Constituição de 1988, após a Emenda nº 8/1995, ou abrir, em definitivo, o campo destinado à regulação aos influxos do processo de judicialização da vida.<sup>55</sup>

O Relator discorda do que entende ser uma tentativa de judicialização da regulação do setor de telecomunicações. Depreende que a interferência do Poder Judiciário é inadequada devido à especificidade dos conhecimentos exigidos.

Só poderia o Poder Judiciário interferir em casos excepcionais, de gritante abuso ou desrespeito aos procedimentos formais de criação dessas figuras. Carece o Poder Judiciário de mecanismos suficientemente apurados de confronto paritário às soluções identificadas pelos expertos da Agência reguladora.<sup>56</sup>

Defende a determinação e clareza das regras para o setor. Sente que fluir a regulamentação do setor de telecomunicações aos humores políticos e judiciais pode determinar o desequilíbrio econômico-financeiro das empresas. Pela sua lógica, regras estáveis e previsíveis beneficiam, em última análise, ao próprio consumidor dos serviços de telefonia.

As relações entre o regulador e o regulado deveriam ser estatuídas com suporte na segurança jurídica, na estabilidade dos pactos e na previsibilidade das ações. Assim eliminar-se-iam os custos gerais econômicos do serviço, o que, em última análise, favoreceria a todos os usuários.<sup>57</sup>

O Ministro Luis Fux, ao relatar o Recurso Especial nº 944.144/RS<sup>58</sup>, destaca que a ANATEL é o órgão regulador das telecomunicações e que tem entre as suas atribuições fixar a política tarifária para o setor.

<sup>55</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 872584/RS. Ementa: [...] Relator: Humberto Martins. Brasília, DF, 20 nov. 07. DJ de 29.11.07.

<sup>56</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 872584/RS. Ementa: [...] Relator: Humberto Martins. Brasília, DF, 20 nov. 07. DJ de 29.11.07.

<sup>57</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 872584/RS. Ementa: [...] Relator: Humberto Martins. Brasília, DF, 20 nov. 07. DJ de 29.11.07.

<sup>58</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp nº 994144/RS. Ementa: [...] Relator: Luis Fux. Brasília, DF, 12 fev. 08. DJ de 03.4.08.

Em suma, a cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei nº 9.472, de 16.07.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, razão pela qual a obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo certo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, amparada no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.472, de 16.07.1997.<sup>59</sup>

Estabelece que a LGT autoriza à agência a fixação de tarifas no contrato de concessão, mesmo em casos excepcionais de outorga sem licitação.

Humberto Martins defende essas prerrogativas legais da ANATEL. Ressalta o papel normatizador da agência, que funciona como anteparo à influência do Estado nas decisões do setor. E destaca a importância dessa proteção para a estabilidade do modelo.

Com essa nota característica, emerge uma opção ideológica do legislador: a intangibilidade da função regulatória aos diferentes titulares da soberania. Pensou-se em um modelo que primasse pela visão do equilíbrio econômico-financeiro e pela não-transitoriedade do planejamento dos serviços regulados. Os humores políticos e as maiorias legislativas deveriam ser variáveis excluídas da equação regulatória.<sup>60</sup>

A criação da ANATEL decorre da Emenda Constitucional nº 8, de 16 de agosto de 1995, que alterou o art. 21, inciso XI da Constituição Federal. Aduz o Relator que a agência detém status normativo superior, o que reforça a sua autonomia mas que, para que se concretize, deve-se observar as suas decisões.

Portanto, a raiz da cobrança da tarifa de assinatura básica está na delegação normativa constitucional à ANATEL, que a concretiza em regulamentos, editais de licitação e em contratos de concessão.

<sup>59</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp nº 994144/RS. Ementa: [...] Relator: Luis Fux. Brasília, DF, 12 fev. 08. DJ de 03.4.08.

<sup>60</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 872584/RS. Ementa: [...] Relator: Humberto Martins. Brasília, DF, 20 nov. 07. DJ de 29.11.07.



Pondera que as agências reguladoras detêm conhecimento técnico específico que embasam as suas resoluções. Reitera que a complexidade das decisões tomadas para o setor dificultam dotar o Poder Judiciário de mecanismos que possibilitem avaliar as soluções identificadas pela agência.

A Ministra Eliana Calmon, relatora do Recurso Especial nº 983.501/RS<sup>61</sup>, interpreta que não houve por parte do legislador a intenção de restringir a cobrança de tarifas.

Frise-se que em nenhum momento a legislação estabelece regra específica quanto à quantidade de tarifas ou quanto aos limites dessa cobrança, deixando ao prudente arbítrio da ANATEL o papel de regulação e fiscalização dos serviços de telefonia fixa e móvel, como se pode ver dos arts. 105 e 109 da mesma lei.<sup>62</sup>

De fato, o legislador estabeleceu que a ANATEL deve aprovar novas prestações, podendo fixar tarifas ou submetê-las ao regime de liberdade tarifária. Cabe à agência o acompanhamento da prática tarifária, dos serviços de utilidade gratuitos - tais como os de emergência - e também instituir mecanismos que garantam a publicidade das tarifas.

A ANATEL deve cumprir, em nome do Estado e da melhor forma, os poderes que lhe foram conferidos pelo legislador. Esses poderes, dispostos no art. 19 e incisos da LGT, englobam a normatização do setor de telecomunicações, a celebração e gerenciamento de contratos de concessão, a fiscalização, o controle, o acompanhamento e a revisão de tarifas.

Por decorrência, a relatora entendeu que a instituição da assinatura básica é necessária à continuidade do sistema, devendo a ANATEL preservá-la.

---

<sup>61</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 983501/RS. Ementa: [...] Relator: Eliana Calmon. Brasília, DF, 6 dez. 07. DJ de 18.12.07.

<sup>62</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 983501/RS. Ementa: [...] Relator: Eliana Calmon. Brasília, DF, 6 dez. 07. DJ de 18.12.07.

[...] uma vez delegada a prestação dos serviços à iniciativa privada, deve o Poder Público assegurar às empresas concessionárias e permissionárias condições para que possam encontrar no equilíbrio econômico-financeiro dos seus contratos a oportunidade para o reinvestimento no próprio setor, a fim de propiciar o desenvolvimento tecnológico e industrial das telecomunicações no país, em ambiente competitivo.<sup>63</sup>

Luis Fux ressalta que houve processo licitatório, na modalidade de concorrência, cujo edital definiu a futura forma de cobrança dos usuários. Entende que, definida a empresa vencedora do certame, a remuneração prevista no edital deve ser observada. A vinculação do edital ao contrato é portanto obrigatória.

A vinculação do Edital ao contrato tem como consectário que as tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento, tanto que o artigo 9º da Lei nº 8.987, de 1995, determina que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação ...”.<sup>64</sup>

Afirma que a associação do edital ao contrato tem por objetivo garantir o equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento. Diz ainda que os interessados apresentam previamente o valor e o tipo de tarifas a serem exigidas. Alega que o art. 93, inciso VII da LGT permite a cobrança “desde que prevista no edital e no contrato de concessão”.<sup>65</sup>

Para o relator o art. 175, § único, inciso III da Constituição Federal e o art. 2º, inciso II da Lei nº 8.987/95 amparam o procedimento. Entende que o legislador constituinte permitiu expressamente a disposição da política tarifária através de lei.

---

<sup>63</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 983501/RS. Ementa: [...] Relator: Eliana Calmon. Brasília, DF, 6 dez. 07. DJ de 18.12.07.

<sup>64</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp nº 994144/RS. Ementa: [...] Relator: Luis Fux. Brasília, DF, 12 fev. 08. DJ de 03.4.08.

<sup>65</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp nº 994144/RS. Ementa: [...] Relator: Luis Fux. Brasília, DF, 12 fev. 08. DJ de 03.4.08.

O Recurso Especial nº 911.802/RS<sup>66</sup>, apreciado pela Primeira Seção do STJ, com relatoria do Ministro José Delgado, atacou decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que deu ganho de causa a uma consumidora.

Nesse julgado, os membros da seção aprofundam-se na análise de extenso rol de questões que permeiam a discussão sobre a legalidade ou não da cobrança. Destacam que existe amparo legal à tarifa e que, para poder prestar o serviço e cobrá-lo, as operadoras participam de licitação, obrigatoriamente na modalidade concorrência.

Os ministros observam que a participação nessa espécie de certame licitatório exige a apresentação prévia de propostas tarifárias a serem aplicadas pelas empresas. Estas propostas são determinantes para a definição da empresa vencedora do certame. Deste modo, o contrato de concessão firmado pelo Poder Público com a empresa vencedora deve prever a cobrança da tarifa.

Com o poder que lhe foi conferido na Constituição Federal, a ANATEL definiu a possibilidade da cobrança da tarifa de assinatura básica, desde que prevista no edital de licitação e no contrato de concessão firmado com as operadoras. Aliás, a lei atribuiu à Agência a fixação da política tarifária a ser observada pelas empresas do setor de telecomunicações.

---

<sup>66</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

<sup>66</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

Favorável à cobrança da tarifa de assinatura básica, o Ministro João Otávio de Noronha<sup>67</sup> dispôs, concordando com o relator do recurso, que a cobrança da tarifa serve também para permitir que haja o serviço em áreas menos favorecidas, beneficiando o acesso aos mais necessitados.

Luis Fux indeferiu o Recurso Especial nº 944.144/RS por entender ser legítima a cobrança da tarifa de assinatura básica.

A cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, quer sob o ângulo da legalidade, quer por tratar-se de serviço que é necessariamente disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.<sup>68</sup>

Considera que o Poder Concedente atendeu a todos os pressupostos de delegação da prestação do serviço público. Que a delegação ocorreu mediante licitação, na modalidade de concorrência. Ressalta também que o serviço é oneroso, por ser contínuo e ininterrupto.

Sob o ângulo prático, a tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência.<sup>69</sup>

No Recurso Especial nº 983.501/RS<sup>70</sup> o recorrente alega que a cobrança da assinatura básica acarreta o pagamento por serviço não efetuado pela operadora, o que, por conseguinte, proporciona à recorrida enriquecimento sem causa.

---

<sup>67</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

<sup>68</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp nº 994144/RS. Ementa: [...] Relator: Luis Fux. Brasília, DF, 12 fev. 08. DJ de 03.4.08.

<sup>69</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp nº 994144/RS. Ementa: [...] Relator: Luis Fux. Brasília, DF, 12 fev. 08. DJ de 03.4.08.

<sup>70</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 983501/RS. Ementa: [...] Relator: Eliana Calmon. Brasília, DF, 6 dez. 07. DJ de 18.12.07.

Para a Relatora Eliana Calmon, a política tarifária deve considerar os altos investimentos realizados pelas empresas operadoras. E entende que a simples disponibilidade dos serviços deve ser remunerada.

Por fim, não se pode perder de vista que esses serviços públicos são prestados, na atualidade, por empresas privadas que recompõem os altos investimentos realizados no ato da concessão com o valor recebido dos usuários, através dos preços públicos ou tarifas, sendo certa a existência de um contrato estabelecido entre concessionária e usuário, de onde não ser possível a gratuidade de tais serviços. Assim como não pode a concessionária deixar de fornecer o serviço, também não pode o usuário negar-se a pagar o que consumiu ou pela disponibilidade do tronco telefônico na comodidade do seu lar, sob pena de se admitir o enriquecimento sem causa, com a quebra do princípio da igualdade de tratamento das partes.<sup>71</sup>

Diante desses argumentos, a relatora nega provimento e ainda robustece a sua decisão:

Entendo que não há como aceitar a idéia de não ser exigida uma contraprestação por parte dos consumidores pela comodidade de ter um ramal telefônico à sua disposição na sua própria residência, podendo livremente fazer e receber chamadas a partir desse ponto a qualquer hora do dia ou da noite. Não pode esse ônus ser assumido unicamente por quem fez enormes investimentos para oferecer tais serviços à população e conta com a obtenção de uma receita compatível com os custos desses investimentos, em ambiente inteiramente regulado pelo órgão público legitimado.<sup>72</sup>

José Delgado, ao relatar o Recurso Especial nº 911.802/RS<sup>73</sup>, também ressalta as características de continuidade e não interrupção dos serviços e que a ANATEL está autorizada constitucionalmente a regulamentar o setor de telefonia, em virtude da legislação vigente.

---

<sup>71</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 983501/RS. Ementa: [...] Relator: Eliana Calmon. Brasília, DF, 6 dez. 07. DJ de 18.12.07.

<sup>72</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 983501/RS. Ementa: [...] Relator: Eliana Calmon. Brasília, DF, 6 dez. 07. DJ de 18.12.07.

<sup>73</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

<sup>73</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

Humberto Martins especifica que as regras pertinentes à cobrança de assinatura básica são fundadas no Direito das Telecomunicações e que, deste modo, não se confundem com as normas ditadas pelo Direito do Consumidor.

Ora, se essa matéria fosse analisada com o rigorismo científico, não se chegaria ao absurdo de se confrontar as normas de Direito do Consumidor com as regras fundadas no Direito das Telecomunicações, como as ora debatidas neste recurso especial. A cobrança de assinatura básica é tema alheio às relações de consumo, quando se observa que seu fundamento é o regime tarifário advindo da delegação normativa à Anatel, por força da Constituição, e concretizado em regulamentos, editais de licitação e em contratos de concessão. A empresa operadora do STFC - Serviço de Telefonia Fixa Comutada não exige esses quantitativos com base em direito seu, mas, como decorrência da equação econômico-financeira que lastreia seu vínculo com a Administração Pública.<sup>74</sup>

No entendimento do magistrado não se deve confundir a estipulação da cobrança, inserida na política tarifária determinada pela ANATEL, com a cobrança irregular de tarifas. Esta sim situa-se no âmbito dos direitos do consumidor usuário de telefonia.

O Direito do Consumidor qualifica as relações jurídicas entre usuários e operadoras naquilo que não for objeto de regulação ou quando a regulação extrapolar os limites *científicos* do Direito das Telecomunicações e passar a invadir a órbita daquela província. A cobrança indevida de ligações não efetuadas é questão nitidamente consumerista. A exigência da assinatura básica, por seu turno, é tema específico da regulação dos serviços de telecomunicações.<sup>75</sup>

E complementa que o Direito do Consumidor somente se aplica quando a relação não orbitar o Direito das Telecomunicações, ou seja, nos casos em que se exorbita em relação ao escopo a ser tratado nesta disciplina jurídica.

Luis Fux conclui que a cobrança da tarifa é legal, não havendo irregularidade que a invalide.

---

<sup>74</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 872584/RS. Ementa: [...] Relator: Humberto Martins. Brasília, DF, 20 nov. 07. DJ de 29.11.07.

<sup>75</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 872584/RS. Ementa: [...] Relator: Humberto Martins. Brasília, DF, 20 nov. 07. DJ de 29.11.07.

A cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, quer sob o ângulo da legalidade, quer por tratar-se de serviço que é necessariamente disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.<sup>76</sup>

Humberto Martins identifica que a cobrança da tarifa pela assinatura básica é justa, por compensar a disponibilidade ininterrupta dos serviços aos usuários, que deles podem comodamente dispor, a qualquer tempo e descarta que a cobrança seja abusiva:

O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame.<sup>77</sup>

José Delgado interpreta que o CDC não afasta as demais normas que tratam da cobrança da assinatura básica. Para ele, o entendimento deve ser o de que as normas, mesmo anteriores ao códex consumerista, devem ser aplicadas a casos da espécie. Acrescenta inclusive que ao desconsiderá-las se estaria infringindo o próprio CDC, como esclarece no trecho abaixo, destacado de seu relatório:

[...] o aresto de segundo grau, ao aplicar o Código de Defesa do Consumidor para afastar a tarifa básica mensal, considerando-a abusiva no contrato, infringiu o próprio diploma legal em seu art. 7º. Os direitos previstos no Códex Consumerista não excluem aqueles decorrentes da legislação ordinária pré-existente: a Lei Geral de Telecomunicações.<sup>78</sup>

O relator entende ser legítima a cobrança e argumenta que o consumidor tem a liberdade de escolha do serviço. Ao contratar o serviço, o cliente está ciente da qualidade do serviço e da sua disponibilidade.

Recordo-me de que, na ocasião do voto que aqui proferi, se o usuário não quisesse utilizar-se dessa comodidade de fruir continuamente do serviço, não

<sup>76</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp nº 994144/RS. Ementa: [...] Relator: Luis Fux. Brasília, DF, 12 fev. 08. DJ de 03.4.08.

<sup>77</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp nº 872584/RS. Ementa: [...] Relator: Humberto Martins. Brasília, DF, 20 nov. 07. DJ de 29.11.07.

<sup>78</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

faz o contrato de assinatura. O contrato é que o serviço de telefone fique à sua disposição. O usuário pode muito bem não firmar esse contrato e utilizar-se dos famosos orelhões. À meia-noite, de madrugada, se quiser telefonar, sai de sua casa, vai ao orelhão e telefona; está dispensado totalmente da assinatura básica. Existe um serviço que está à disposição dos usuários; sabemos que hoje há orelhões em quase todas as ruas. Se preferir, o usuário faz o contrato e tem aquele telefone à sua disposição devidamente funcionando e com direito também de reclamar.<sup>79</sup>

Estando a cobrança amparada em lei e sendo o serviço prestado contínua e ininterruptamente, não se pode alegar descumprimento a dispositivos do CDC, pois não cabe dizer que falta contrapartida ao pagamento efetuado pelos consumidores.

O Magistrado reforça a sua opinião favorável à cobrança da tarifa de assinatura básica:

Não é ilícita porque é amparada em lei, lei que está em pleno vigor. Não é excessiva porque é dentro da possibilidade do serviço, é uma compatibilidade entre o serviço oferecido e o valor mensal cobrado. Não é possibilitadora de vantagem desproporcional porque, para analisarmos a possibilidade de haver essa vantagem, precisava de uma perícia para que fosse realizada essa perícia e demonstrasse primeiramente a ilicitude, demonstrasse a excessividade da cobrança e demonstrasse que esse valor cobrado pela empresa é um valor que dá um lucro profundamente desproporcional e não permitido. Segundo, não é incompatível com os princípios da boa-fé, com todas as vênias. A cobrança é apoiada em leis absolutamente transparentes, em editais absolutamente transparentes, nos quais há a publicidade íntegra não somente para as empresas, como também para todos os usuários. Também não viola o princípio da equidade, que só se aplica quando não há regramento específico; essa é a regra do nosso ordenamento jurídico. Esses valores, que são negativos, não estão presentes na situação em exame; pelo contrário, estão presentes os valores negociais, harmônicos com o ordenamento jurídico e sem nenhum extrapolamento.<sup>80</sup>

E lembra que o STJ tem permitido a cobrança mensal de tarifa mínima em serviços de mesma natureza jurídica, tais como água ou esgoto.

<sup>79</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

<sup>80</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.



João Otávio de Noronha, preocupado com a controvérsia instaurada pelos diversos tribunais, clama por posição definitiva do STJ acerca da questão, para que se volte ao necessário ambiente em que reine a segurança jurídica:

Assim, entendo que urge a definição acerca desta matéria neste Superior Tribunal de Justiça, porque milhares e milhares de ações correm pelo Brasil; milhares de ações tramitam nos Juizados Especiais. Fácil concluir que existe um ambiente de regulação onde a questão foi definida, gerando segurança jurídica. Porém, paralelamente, nos tribunais, criou-se um outro ambiente no qual as controvérsias a respeito das interpretações das normas acerca do assunto está gerando insegurança jurídica. Por isso, é hora deste Tribunal, com urgência, espancar de vez as dúvidas surgidas, definindo para a sociedade brasileira se é legal ou ilegal a tarifa ora questionada.<sup>81</sup>

Recentemente, decisões proferidas pelos Relatores Eliana Calmon na reclamação Rcl nº 3.924 - publicada no Diário de Justiça em 03 de março de 2010 - e por Herman Benjamin na Rcl nº 3.983 - publicada em 15 de abril de 2010 - acabaram por determinar a suspensão de todos os processos que ainda não foram julgados nas instâncias de origem e que tenham por controvérsia a legalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica, até o julgamento final destas reclamações.

Finalizando, demonstra-se com a apresentação desses julgados a motivação das decisões que levaram o Superior Tribunal de Justiça a editar a Súmula nº 356, com a intenção de dar um norte definitivo à questão da cobrança da tarifa mensal de assinatura básica na telefonia fixa.

---

<sup>81</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

### 3 A ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA

Iniciando este capítulo, interessa enfatizar algumas críticas sobre o modelo de privatização da telefonia implantado no Brasil, que muitos veem como a raiz da inobservância às regras consumeristas pelo setor.

Critica-se que esse modelo beneficia a mitigação excessiva de risco dos investidores, fruto de medidas governamentais exageradamente protetivas às concessionárias.

O modelo de privatização implantada no Brasil é de natureza plenamente neopatrimonialista; o imperativo de renda sem riscos do concessionário não vê desdouro nenhum em subsídios governamentais, empréstimos generosos do BNDES e socorros financeiros do Tesouro Nacional.<sup>82</sup>

Reverbera-se que esse é um dos males que decorrem da globalização. Capitais fluem pelas economias do planeta na busca voraz do lucro certo e as telecomunicações no Brasil se moldam perfeitamente a estas pretensões.

O neopatrimonialismo apenas amolda o patrimonialismo histórico à realidade da globalização – o detentor do poder, que só presta contas ao capital especulativo internacional, cuida de assegurar o máximo de liberdade e irresponsabilidade ao lucro, e de manipular a opinião pública de forma a que os interesses do capital volátil confundam-se com os dos consumidores e o da nação. Qualquer dissonância a este credo é vista ora como inócua, ora como perigosa.<sup>83</sup>

E nesse contexto procurou-se afastar a incidência das regras de defesa do consumidor no setor de telefonia, diminuindo-lhes a importância e dando à ANATEL poderes que utiliza em prol das operadoras, de forma contrária aos interesses dos seus consumidores:

---

<sup>82</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. Telefonia: crise do modelo e desrespeito ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 44, out./dez.2002, p. 107.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 108.

Assim foi preciso, antes de mais nada, cercar o lucro de todos os cuidados possíveis e imagináveis contra queixas e demandas do consumidor, primeiro, pela negação de sua condição – já não se trata mais do consumidor, mas do “usuário”, do “cliente”, aquele que tanto pode ser uma pessoa física, quanto uma grande corporação. Em segundo lugar, tratou-se de isolar o setor de telecomunicações, entregue tão somente à arbitragem da ANATEL, do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.<sup>84</sup>

Equivocado na origem, o modelo alastra as suas mazelas, as quais não foram consideradas na interpretação do STJ, ao elaborar a Súmula nº 356. Em síntese, na defesa dos precedentes judiciais tratados no capítulo anterior, que embasaram a Súmula, se extrai em defesa da cobrança da tarifa da assinatura básica que:

- 1) Procura-se a judicialização das regras para o setor de telefonia fixa, cuja compreensão exige complexo entendimento técnico;
- 2) Extinguir a cobrança da tarifa de assinatura básica da telefonia fixa é expor o setor a riscos de desequilíbrio econômico e financeiro;
- 3) O modelo adotado permite a universalização dos serviços, em obediência ao corolário constitucional;
- 4) Os altos investimentos e a disponibilidade ininterrupta dos serviços justificam a cobrança da tarifa de assinatura básica;
- 5) Aplica-se a LGT estritamente no que foge à competência do CDC;
- 6) A tarifa não é abusiva e a sua cobrança não viola dispositivos do CDC.

---

<sup>84</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. Regulação e defesa do consumidor no setor de telefonia. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, jul./set.2006, p. 32.

Neste capítulo compete refutar esses aspectos, procurando-se demonstrar, através de posicionamento doutrinário e de outras interpretações judiciais, a ilegitimidade da cobrança da tarifa de assinatura básica na telefonia fixa.

### 3.1 Crítica à judicialização do setor

De acordo com dados do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SINDEC, no período de 01/05/2005 a 30/04/2009, foram apresentadas aos Procons 607.746 demandas contra o setor de Telecomunicações. Esse número o torna o setor mais demandado no SINDEC, com cerca de 32,95% do total de reclamações, sendo que 10,60% corresponderam ao serviço de telefonia fixa.<sup>85</sup>

Contribui com esse conturbado relacionamento entre o setor de telecomunicações e seus consumidores a cobrança da tarifa de assinatura básica na telefonia fixa, responsável por diversas demandas judiciais.

Percebe-se a falta de ações efetivas no sentido de arrefecer esse quadro. Cria-se na verdade uma situação em que as demandas judiciais, *a priori* um problema para as concessionárias, são canalizadas em proveito delas. O Ministro Herman Benjamin entende mesmo tratar-se de uma “estratégia judicial” das empresas do setor de telefonia:

Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se prenuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório, rasgando a ratio essendi do sistema de processo civil coletivo em vigor (Lei 7347/85 e CDC).<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. **Relatório SINDEC sobre Telecomunicações**. Brasília, 2009. p. 5.

<sup>86</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

A criação da ANATEL, com a finalidade de regular o setor de telecomunicações, não implica em substituição às demandas judiciais, conforme nos esclarece Alexandre de Moraes:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 manteve a tradição nacional de adoção do sistema de jurisdição única, consagrando expressamente no inciso XXXV do art. 5º, que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito*. Dessa forma, sempre haverá possibilidade de inserção do Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto. Assim, havendo plausibilidade da ameaça do direito, o Poder Judiciário é obrigado a efetivar o pedido de prestação jurisdicional requerido pelo ofendido de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação jurisdicional é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue ou de obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa.<sup>87</sup>

O que se percebe são severas críticas a ineficiência dessas agências reguladoras na aplicação da legislação consumerista, acabando por contribuir para a multiplicação do trabalho do Poder Judiciário.

[...] as agências até agora criadas não têm exercido um papel firme na proteção do consumidor. Se as agências não provarem seu valor na defesa do consumidor, multiplica-se o trabalho do Judiciário com pequenas questões, que seriam evitadas com uma aplicação administrativa de todas as leis em vigor no Brasil, e não só das que privilegiam fornecedores e o mercado específico regulado pela agência.<sup>88</sup>

Evidencia-se que não se trata de judicialização das demandas do setor. No entanto, a solução passa pela mudança na postura da agência reguladora, que deve atuar com observância às regras de proteção ao consumidor.

---

<sup>87</sup> MORAES, Alexandre de (Org). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 32-33.

<sup>88</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 122.

Duciran Farena critica a ANATEL, a qual entende ser “atuante na defesa dos interesses das prestadoras” e que “claudica quando se trata de punição dessas por irregularidades”.<sup>89</sup>

Contudo a agência possui conhecimentos técnicos específicos sobre o setor de telefonia fixa, está apta e deveria desempenhar o importante papel de proteção contra as pressões políticas e o poder econômico exercido pelas empresas.

### 3.2 O equilíbrio econômico e financeiro do setor de telefonia

Duciran Farena também aponta a ausência da verificação real do equilíbrio econômico e financeiro das empresas e também do cumprimento de metas. Para ele, não se realiza auditoria isenta que pudesse verdadeiramente avaliar a situação econômica e financeira das empresas.

Deduz que por isso todo aumento de tarifas solicitado termina por ser concedido às operadoras. Da mesma forma, o resultado das metas é, ainda segundo o autor, obtido a partir de dados fornecidos pelas próprias operadoras.<sup>90</sup>

Inexiste credibilidade em uma avaliação de risco conduzida pelos próprios interessados. O subterfúgio da complexidade técnica que envolve o setor de telefonia é utilizado pelas operadoras que assim respaldam a cobrança da tarifa de assinatura básica.

---

<sup>89</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. Telefonia: crise do modelo e desrespeito ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 44, out./dez.2002, p. 110.

<sup>90</sup> Idem. O Código de Defesa do Consumidor e os direitos do consumidor usuário do sistema de telefonia fixa. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 40, out./dez.2001, p. 101.

As operadoras de telefonia tentam convencer de que o valor é necessário para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, porém não há nenhum dado crível neste sentido, muito menos se admite que a motivação econômica possa embasar a violação de direitos fundamentais.<sup>91</sup>

Dos precedentes judiciais que deram suporte à elaboração da Súmula nº 356 do STJ, se extrai que suspender a cobrança é colocar em risco a saúde econômico e financeira do setor de telefonia. No entanto, se reconhece a incapacidade do Poder Judiciário em adentrar nos aspectos técnicos do setor.

Sem uma avaliação precisa da situação técnica, econômica e financeira das empresas, afirmar que a suspensão da cobrança da tarifa de assinatura básica coloca em risco a saúde do setor de telefonia serve como mero exercício, não sendo possível precisar a distância entre a especulação e a situação real do setor.

### **3.3 A universalização e os serviços de telefonia fixa**

A universalização dos serviços e a inclusão social dos usuários devem estar entre as principais metas a serem alcançadas pelas operadoras de telefonia. A imensidão do território nacional exige mecanismos que ofereçam comunicação eficiente e acessível à população, notadamente aquela que enfrenta maiores dificuldades financeiras ou que está geograficamente afastada dos principais centros urbanos.

No entanto, afastou-se a exigência de metas de universalização sob a premissa de que no gigantesco mercado brasileiro a competição fluiria normalmente tornando-as assim exageradas.

---

<sup>91</sup> SANTANA, Héctor Valverde. **A ilegalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_84/Artigos/PDF/HectorValverde\\_rev84.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf)> Acesso em: 05 abr. 2010.

Nenhuma necessidade havia, nesse cenário de devaneio, de restrições aos interesses das empresas – restrições que poderiam mesmo afastá-las do mercado brasileiro, desestimulando a concorrência. Cumpria deixá-las livres de embaraços para disciplinarem seus serviços de forma que se lhes afigurasse mais conveniente, no plano econômico, como também para melhor elaborarem seu planejamento judiciário.<sup>92</sup>

Estimula-se a migração dos consumidores para outros tipos de serviços.

Novos serviços aumentam a rentabilidade das empresas mas oneram os usuários, perdendo-se de vista o caráter social da telefonia.

Predomina hoje no Brasil um discurso – oficial e privado – reproduzido pela imprensa e inculcado como padrão, no qual se perde de vista o caráter público do serviço de telefonia e sua condição de serviço essencial. Proclama-se o sucesso da telefonia móvel, a realizar a tão sonhada “universalização” – quando na verdade, tanto no que tange à essência quanto à sua qualificação jurídica, tal serviço não pode nem deve ser considerado sucedâneo da telefonia fixa.<sup>93</sup>

As operadoras criam nichos de interesse. A ânsia do lucro faz com que segmentos de maior poder aquisitivo e as corporações sejam priorizadas. As classes de menor poder aquisitivo são relegadas.

Essas arbitrariedades turvam os eventuais benefícios auferidos com a privatização das telecomunicações. Por conta delas aumentaram significativamente o repasse de custos aos consumidores, que se veem excluídos não mais pela indisponibilidade do serviço e sim pela falta de capacidade econômica para mantê-lo.

Excluído dos benefícios, que só vieram em termos de aumentos escandalosos da assinatura básica e pulsos, pode ser considerado, no entanto, parte integrante da máquina apenas enquanto mola propulsora, massa superexplorada a fim de manter a rentabilidade dos setores competitivos,

---

<sup>92</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. Telefonia: crise do modelo e desrespeito ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 44, out./dez.2002, p. 108.

<sup>93</sup> Idem. Regulação e defesa do consumidor no setor de telefonia. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, jul./set.2006, p. 27.



como justificativa moral de metas que, de tão desmoralizadas, em breve encontrarão o caminho certo de sua eliminação, por inúteis, até mesmo como elemento de propaganda.<sup>94</sup>

Duciran Farena mostra que está havendo uma inversão tarifária no Brasil.

Transfere-se o ônus de setores competitivos para os assinantes residenciais de baixo poder aquisitivo ou sujeitos ao monopólio, de forma que fique assegurada a lucratividade das operadoras.

O setor residencial não interessa para as prestadoras, em termos de investimentos e melhorias; funciona apenas como mercado cativo, a ser superexplorado através do aumento do valor da assinatura, ampliação do consumo mínimo de pulsos, aumentos tarifários e ofertas de acessórios. As operadoras nem disfarçam sua prioridade ao segmento empresarial e de longa distância.<sup>95</sup>

Em defesa de seus interesses, as concessionárias desestimulam o uso da telefonia fixa. Induzem o consumidor a utilizar outros serviços economicamente mais rentáveis.

Delimitado o mercado de telefonia fixa aos consumidores de maior potencial aquisitivo, resta à massa de excluídos a alternativa do telefone pré-pago, apregoado, como vimos, como sucesso de privatização. A arraia-miúda é excluída do serviço prestado em regime público, e portanto, cercado de maior proteção regulamentar, e atirada ao “livre mercado” do serviço privado (art. 124 da Exposição de Motivos 231/MC da LGT), no qual deverá ser observada a regra da “mínima intervenção estatal na vida privada” (Exposição de Motivos 231/MC), regra que a ANATEL toma ao pé da letra.<sup>96</sup>

A cobrança da tarifa de assinatura básica contraria a idéia de universalização do acesso aos serviços básicos. De acordo com Dulciran Farena, em detrimento ao critério legal de modicidade tarifária pretende-se adotar o de tarifa comercialmente aceitável.

<sup>94</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. Telefonia: crise do modelo e desrespeito ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 44, out./dez.2002, p. 109.

<sup>95</sup> Idem. O Código de Defesa do Consumidor e os direitos do consumidor usuário do sistema de telefonia fixa. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 40, out./dez.2001, p. 100.

<sup>96</sup> Idem. Regulação e defesa do consumidor no setor de telefonia. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, jul./set.2006, p. 27-28.

O sistema atual trocou seis por meia dúzia – se antes o consumidor não tinha acesso porque não podia pagar a habilitação, ou o sobrepreço do mercado paralelo de transferência de linhas, hoje esta barreira foi substituída pela assinatura básica, que, no curto prazo, acaba por exaurir o consumidor em valores idênticos ou superiores ao que pagaria pela habilitação ou no mercado paralelo, para obter seu telefone.<sup>97</sup>

O acesso ao ponto fixo individual é tolhido do consumidor que não tem condições de mantê-lo em razão dos elevados custos das tarifas. Duciran Farena aduz que “em suma, a estagnação da planta de telefonia fixa e a existência de terminais em estoque evidenciam a nova etapa da desuniversalização. E a tarifa desempenha papel preponderante nesse retrocesso”.<sup>98</sup>

Para Herman Benjamin o princípio da redução das desigualdades sociais, expresso no art. 5º da LGT, cria para a ANATEL e concessionárias a obrigação de favorecer a inclusão digital dos menos favorecidos. Entende que este princípio está diretamente vinculado aos princípios da modicidade tarifária e da não discriminação.<sup>99</sup>

E demonstra inequivocamente o seu entendimento apontando para o art. 2º, inciso I da LGT, que exige do Poder Público a garantia do acesso às telecomunicações, com tarifas e preços razoáveis - entenda-se, compatíveis com a capacidade de pagamento dos usuários - e em condições adequadas.

### 3.4 A disponibilidade ininterrupta do serviço

No caso da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa, não havendo uma contrapartida em serviços, fica evidente que não se pode falar em razoabilidade tarifária.

<sup>97</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. Regulação e defesa do consumidor no setor de telefonia. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, jul./set.2006, p. 30.

<sup>98</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>99</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

Se adotarmos um dos conceitos mais aceitos de justiça, que a define pela entrega a cada um do que lhe é devido, vê-se que a alegação de falta de razoabilidade na cobrança da assinatura básica confunde-se com uma cobrança injusta, pois corresponderia ao pagamento pelo assinante por um serviço público que não lhe é prestado.<sup>100</sup>

Dulciran Farena acrescenta que afora não ter uma contrapartida em serviços, não há a reparação por serviço não utilizado - nos limites do valor pago pela franquia - o que configura prática abusiva, vedada pelo CDC.

A existência de uma assinatura básica é anti-econômica, porque o consumidor é obrigado a pagar quer consuma, quer não consuma, na ausência do lar e na presença; é obrigado a pagar pelo excedente, mas não sofre nenhum desconto por usar menos que a franquia de pulsos estabelecida.<sup>101</sup>

Outra consideração diz respeito à cobrança pela alegada disponibilidade do ponto por 24 horas ininterruptas. Ora, a remuneração das concessionárias, em geral, recai sobre quem faz a chamada. E um telefone, mesmo não utilizado para chamadas, permite recebê-las.

Com esse raciocínio, Herman Benjamin entende que não há um serviço, com relação ao telefone não utilizado para chamadas e sim um pressuposto técnico e material do serviço. Sendo assim, cobrá-lo, diz o ministro, seria aplicar uma “sobretarifa”, o que não é admitido.<sup>102</sup>

Além do mais, está expressa no art. 79, § 2º da LGT a obrigação de continuidade do serviço. Desta forma, disponibilizar o ponto faz parte da mecânica de utilização do serviço, o que sem ele não seria possível.

---

<sup>100</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

<sup>101</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. Regulação e defesa do consumidor no setor de telefonia. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, jul./set.2006, p. 31.

<sup>102</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

Cobrar a tarifa básica é descumprir mandamento legal, em flagrante desrespeito ao CDC. Trata-se de prática abusiva, vedada pelo código. Em verdade, são repassados custos operacionais que deveriam ser suportados pelas operadoras. Argumenta Héctor Santana:

Sustenta-se, ainda, que o pagamento da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa corresponde à disponibilização de todos os serviços gratuitos de telefonia aos consumidores, dentre eles a possibilidade de receber ligações, realizar ligações “a cobrar” e utilizar de serviços telefônicos de utilidade pública. De maneira alguma há prestação de serviço gratuita, mas a remuneração à operadora de telefonia é feita pelo consumidor que originou a chamada ou recebeu a chamada “a cobrar”. Os serviços de telefonia de utilidade pública não são obviamente remunerados pelo consumidor, porquanto devem ser suportados pelas operadoras de telefonia em decorrência da natureza pública do serviço que prestam.<sup>103</sup>

Conclui-se que a tese de enriquecimento sem causa dos consumidores, se suspensa a tarifa, não se sustenta. Pelo contrário, como está, ocorre o repasse indevido de custos operacionais, que acabam suportados pelos consumidores.

### 3.5 Direitos do consumidor na Lei Geral de Telecomunicações

O Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, que disciplina a atuação do órgão, prescreve caber à agência a primazia na aplicação das sanções administrativas advindas das infrações às normas de defesa do consumidor:

Art. 19. A Agência articulará sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações, observado o disposto nas Leis nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e nº 9.472, de 1997.

Parágrafo único. A competência da Agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuarão de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade

<sup>103</sup> SANTANA, Héctor Valverde. **A ilegalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_84/Artigos/PDF/HectorValverde\\_rev84.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf)> Acesso em: 05 abr. 2010.

a aplicação das sanções do art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.<sup>104</sup>

Duciran Farena sustenta a ilegalidade do parágrafo único desse dispositivo, porque conceder competência exclusiva à Agência, nesse campo de atuação, contraria o disposto no art. 55, caput e § 1º do CDC.

Observe-se que a ANATEL não é órgão do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), que é integrado por órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municípios e entidades privadas de defesa do consumidor. À exceção das últimas, todos podem aplicar as penalidades previstas no art. 56 do CDC, sendo verdadeiro absurdo, até sob o plano federativo, que as atribuições outorgadas por lei lhe sejam subtraídas pela agência mediante decreto.<sup>105</sup>

Para o autor, a competência da ANATEL na aplicação de sanções previstas no CDC deveria ser supletiva, complementar ao papel desempenhado pelos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Ilustra o aparente desprezo da agência pelas regras consumeristas ao externar a sua interpretação do art. 51 do Regulamento do Serviço Fixo Comutado, normativo editado em anexo à Resolução ANATEL nº 426, de 09 de dezembro de 2005. Consta naquele dispositivo que se aplica ao contrato de prestação de STFC, “no que couber”, as regras do CDC. Pela interpretação de Duciran Farena o dispositivo impõe restrições à aplicação do CDC, o que considera inadmissível.<sup>106</sup>

Ao adquirir os serviços de telefonia o consumidor estabelece um vínculo contratual com as operadoras e a vontade do legislador veda que contratos venham a ser usados como ferramenta de opressão à parte desfavorecida.

<sup>104</sup> BRASIL. **Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997**. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências. DOU de 8.10.97.

<sup>105</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. O Código de Defesa do Consumidor e os direitos do consumidor usuário do sistema de telefonia fixa. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 40, out./dez.2001, p. 94-95.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 103.

Porém, por vezes não se observa esses princípios, tal como ocorre com o usuário consumidor dos serviços de telefonia fixa.

Lamentavelmente, não é raro um dos contraentes pretender utilizá-lo como açoite, visando a subjugar a parte economicamente mais fraca, em franco desrespeito à sua função social [...]. Ora, se nós já constatamos que este negócio jurídico serve como inegável veículo de manifestação do direito de propriedade, e este último fora, na Carta Magna de 1988, devidamente socializado, por consequência, o contrato também acabaria por sofrer o mesmo processo.<sup>107</sup>

Entretanto, na telefonia fixa tem-se, indiscutivelmente, um contrato consumerista, pois presentes todos os pressupostos previstos no CDC que caracterizam a relação de consumo.

[...] há um consumidor-destinatário final (art. 2º, *caput*), há um fornecedor (art. 3º, *caput*) e há um serviço de consumo (art. 3º, § 2º). Por qualquer ângulo que se observem seus elementos essenciais - os sujeitos, o objeto material e a finalidade de tutela jurídica -, na telefonia fixa residencial há uma relação jurídica de consumo.<sup>108</sup>

Desconsiderar o CDC ao tratar da telefonia fixa é inobservar princípios consagrados na lei-mãe, trilhando-se sentido oposto ao pretendido pelo legislador constitucional.

O Código de Defesa do Consumidor é considerado diploma legal principiológico do sistema de defesa do consumidor, não podendo ser afastado ou ter mitigada a sua aplicação de nenhuma relação jurídica de consumo, sob pena de violação direta ao núcleo fundamental da Constituição Federal. Afirma-se que o afastamento da aplicação do Código de Defesa do Consumo das relações de consumo atenta contra direitos fundamentais.

---

<sup>107</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil:** contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p. 12.

<sup>108</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

O nosso ordenamento jurídico não confere ao operador do Direito uma faculdade na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas há uma obrigatoriedade de sua incidência quando a relação jurídica é de natureza consumerista.<sup>109</sup>

A pluralidade de leis que regem as relações de consumo acarreta uma antinomia normativa. Héctor Santana aponta que a solução para este problema está na observância obrigatória do CDC. Afinal, este códex abriga normas de ordem pública e de interesse social. Sendo assim, o autor não concorda com a prevalência da LGT em relações de consumo, envolvendo concessionárias e usuários de telefonia fixa.

A Lei Geral de Telecomunicações não pode ser considerada lei especial em relação ao Código de Defesa do Consumidor e, portanto, prevalecer para o fim de regular as relações entre as operadoras concessionárias e o consumidor final.<sup>110</sup>

Ressalta que a LGT não visa, especificamente, à regulação das relações de consumo. Sua elaboração tem seus principais objetivos voltados ao tratamento das características intrínsecas ao setor de telecomunicações:

A Lei Geral de Telecomunicações tem por objetivo a organização do serviço de telecomunicação no Brasil, a criação de um órgão regulador, a implantação e funcionamento das redes de telecomunicações, a utilização de recursos de órbita e espectro de radiofrequências, dentre outros.<sup>111</sup>

Também não concorda que o critério cronológico possa afastar a incidência do CDC, em favor da LGT. Para ele, o critério hierárquico da especificidade resolve a questão a favor do CDC. Ele não admite que a LGT possa se sobrepor ao código consumerista, diante de matéria que trate da proteção ao consumidor.

Não é pelo fato de ter sido publicada posteriormente que a Lei Geral de Telecomunicações pode alterar o sistema de proteção do consumidor. Ao

<sup>109</sup> SANTANA, Héctor Valverde. **A ilegalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_84/Artigos/PDF/HectorValverde\\_rev84.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf)> Acesso em: 05 abr. 2010.

<sup>110</sup> Ibidem.

<sup>111</sup> Ibidem.

contrário, a Lei Geral de Telecomunicações deve dispor quanto ao destinatário final do serviço de telefonia de acordo com os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor, não se admitindo a criação de um novo, diferenciado e exclusivo regime ao consumidor de serviço de telefonia.<sup>112</sup>

Herman Benjamin assevera que a LGT recebeu sem reservas o CDC.

Para o magistrado o CDC se aplica integralmente aos contratos de telefonia fixa residencial.

Pretendesse o legislador da LGT excluir ou mitigar a aplicação do CDC, ele o teria feito explicitamente, como agiu, já vimos, ao tratar do microsistema da concorrência ("Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, *quando não conflitarem com o disposto nesta Lei*", grifei). Consequentemente, o CDC não só não conflita com a LGT, como a *ratio* e filosofia desta última compõem-se perfeitamente com as balizas traçadas pela legislação consumerista.<sup>113</sup>

Conclui-se portanto que nas relações de consumo, tal como ocorre com a contratação de telefonia fixa, aplica-se o CDC. A LGT cumpre finalidade específica de regulamentação do setor de telecomunicações, não pretendendo o seu legislador a sobrepor a este código. Assim sendo, descaracterizar a aplicação do códex consumerista vai de encontro ao que prevê o ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.6 A observância ao Código de Defesa do Consumidor

Duciran Farena relaciona as ações desencadeadas pelas concessionárias como uma estratégia arditamente montada no intuito de relegar os interesses dos consumidores e diminuir-lhes a capacidade de reação ante a violação das regras previstas no ordenamento jurídico.

No plano econômico, interessa encolher a estrutura ao mínimo, terceirizar a manutenção, suprimir o atendimento pessoal (que demanda instalações e

<sup>112</sup> SANTANA, Héctor Valverde. **A ilegalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_84/Artigos/PDF/HectorValverde\\_rev84.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf)> Acesso em: 05 abr. 2010.

<sup>113</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.



funcionários), as próprias listas impressas, em nome do call center terceirizado. Estrutura, atendimento pessoal, informação por escrito, só para o cliente que realmente importa – o corporativo ou aquele que se dispõe a pagar mais por tais “facilidades”. Por outro lado, medidas como a supressão do atendimento pessoal inserem-se em uma estratégia de planejamento judiciário, vale dizer de prevenção de contestações judiciais, de forma a dificultar ao usuário qualquer prova de que houve a solicitação do serviço ou a reclamação.<sup>114</sup>

A ANATEL é criticada pela forma com que trata as reclamações dos usuários. A agência despreza a primeira análise da reclamação, servindo apenas como canal de repasse dessas ocorrências para as prestadoras. No entanto, a agência também tem responsabilidade na solução dessas demandas:

A agência considera a reparação dos males causados aos usuários como assunto que lhe é alheio. Resta ao usuário buscar por conta própria a reparação, e aos legitimados buscar a reparação de danos coletivos. Por outro lado, a agência é uma das maiores responsáveis, por ação ou omissão, por danos ao consumidor, cabendo também sua responsabilização, ao lado do prestador de serviços.<sup>115</sup>

Os contratos de prestação de serviços de telefonia são em regra firmados em adesão. Neste tipo moderno de massificação de contratos as cláusulas são impostas ao consumidor, sem que este possa discutir previamente as suas condições. Impossibilitado de dispor do serviço, somente lhe cabe aceitá-las.

Sendo assim, não se pode invocar que o consumidor aceitou, por sua livre vontade, ser cobrado pela tarifa de assinatura básica. Seguindo-se esse raciocínio, se chega à conclusão óbvia da ilegalidade da tarifa, já que imposta através de cláusula abusiva, rechaçada pelo CDC.

---

<sup>114</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. Telefonia: crise do modelo e desrespeito ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 44, out./dez.2002, p. 108.

<sup>115</sup> Idem. O Código de Defesa do Consumidor e os direitos do consumidor usuário do sistema de telefonia fixa. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 40, out./dez.2001, p. 102-103.

O Princípio da Vulnerabilidade estabelece que o consumidor tende a ser a parte frágil na relação de consumo. É incomum observar consumidores e fornecedores em igualdade de forças nestas relações jurídicas. Assim sendo, tratou o legislador de conceder aos consumidores alguns privilégios, no intuito de equilibrar estas relações.

Conforme assevera José Geraldo Brito Filomeno<sup>116</sup> não se pode desconhecer a fragilidade do consumidor, evidenciada na falta de controle do que, do quanto e do como produzir. Estas decisões estão a cargo daqueles que detêm os meios de produção.

O autor invoca o art. 170, inciso V da Constituição Federal, que ressalta o papel de destaque assumido pela defesa do consumidor na economia nacional. Neste dispositivo, o legislador eleva o direito do consumidor à condição de Princípio de Ordem Econômica.

Héctor Santana considera que cobrar por serviços gratuitos, tal como fazem as operadoras de telefonia fixa, constitui “venda casada”.<sup>117</sup> Pratica-se este ilícito ao condicionar o fornecimento à aquisição de uma certa quantidade ou a outro produto ou serviço, prática vedada pelo CDC.

Herman Benjamin pormenoriza como se processa o mecanismo da “venda casada”:

[...] o fornecedor nega-se a fornecer o produto ou serviço, a não ser que o consumidor concorde em adquirir um outro produto ou serviço. É a chamada *venda casada*. Só que, agora, a figura não está limitada apenas à compra e venda, valendo também para outros tipos de negócios jurídicos, de vez que o

<sup>116</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 69.

<sup>117</sup> SANTANA, Héctor Valverde. **A ilegalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_84/Artigos/PDF/HectorValverde\\_rev84.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf)> Acesso em: 05 abr. 2010.

texto fala em “fornecimento”, expressão muito mais ampla. Na segunda hipótese, a condição é quantitativa, dizendo respeito ao mesmo produto ou serviço objeto do fornecimento.<sup>118</sup>

O Ministro observa que as três espécies de tarifas previstas na LGT – habilitação, disponibilidade e de uso ou consumo efetivo – atribuem “preços diversos a um mesmo serviço, sem nenhum amparo legal”.<sup>119</sup>

Retomando o art. 5º da LGT, a questão tarifária traz consigo a exigência de não discriminação. Percebe-se sem dificuldades que ela ocorre quando inexiste uma política tarifária que atenda às classes econômica ou geograficamente desfavorecidas. Pode-se portanto, afirmar que a tarifa em contendo é discriminatória. Aponta Herman Benjamin:

Inviável, contudo, compatibilizar o *princípio da vedação de discriminação* com qualquer estrutura tarifária que dificulte o acesso dos que utilizam menos o serviço (os mais pobres), com base na instauração de um sistema regressivo, que institua uma espécie de subsídio em favor dos que mais o utilizam (os mais ricos).<sup>120</sup>

Para Duciran Farena a solução está na introdução do conceito de sustentabilidade tarifária. O valor da tarifa cobrada seria calculado de acordo com a justa remuneração do concessionário, após observadas as exigências de operação, manutenção e expansão e de capacidade de pagamento do usuário. Da forma como está, a cobrança da tarifa viola direitos dos consumidores, em flagrante afronta ao CDC.

<sup>118</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 380.

<sup>119</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

<sup>120</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

## CONCLUSÃO

A cobrança da tarifa mensal da assinatura básica no serviço de telefonia fixa é ilegítima, constituindo prática abusiva, vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, por trazer vantagens desproporcionais e incompatíveis à contrapartida oferecida pelas concessionárias, que seguem violando direitos dos consumidores.

A desconsideração das normas consumeristas pelo setor de telecomunicações relega a plano inferior o consumidor e os seus direitos. Esta conduta tem as suas raízes no modelo adotado de privatização, que privilegia o lucro, empunhando a inesgotável argumentação da mitigação do risco setorial, necessária à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro das operadoras.

E essa prática conduz a avalanches de processos contra essas concessionárias, que no entanto se respaldam, para a manutenção desses descabros, na balança financeira favorável do custo-benefício, na ineficiência dos controles administrativos e na morosidade com que são, em geral, conduzidos os processos pela justiça.

Também não se ocupam da obrigação de universalizar os serviços e promover a inclusão social dos usuários. Pelo contrário, impõem à população serviços cada vez mais onerosos. Propalam a telefonia móvel como excelência e o que se percebe é a migração incauta das classes mais necessitadas, que não têm condições de usufruir amplamente deste serviço.

Ao cobrar a tarifa de assinatura básica, as concessionárias se remuneram por serviços não prestados, repassando aos consumidores custos operacionais que deveriam ser suportados pelas próprias operadoras.

Nesse cenário, amplamente favorável às operadoras do setor de telefonia, tem-se a ANATEL, que não cumpre adequadamente sua função constitucional em defesa do consumidor. E minimiza-se o campo de ação do Código do Consumidor, permitindo-se a aplicação da Lei Geral de Telecomunicações em matérias que deveriam obrigatoriamente ser tratadas no âmbito do CDC.

Diante dessas considerações, resta concluir que a Súmula nº 356 do Superior Tribunal de Justiça deveria, de acordo com o ordenamento jurídico, ser revogada, dando espaço às inúmeras ações que reivindicam o fim da cobrança.

Para modificar a situação atual compete aos consumidores manter incessante a busca pelos seus direitos, tanto no âmbito administrativo como no judicial; aos operadores do direito observar atentamente a vontade do legislador, expressa na legislação consumerista e cujo códex inaugurou uma nova era no exercício da cidadania no Brasil; e ao legislador contribuir com a elaboração de leis efetivas, que possibilitem interpretação adequada e precisa acerca da matéria que se quer regulamentar.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**: edição popular anotada por Adriano da Gama Kuri. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2008.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. DOU de 21.3.97.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997**. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências. DOU de 8.10.97.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. DOU de 27.10.1966.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DOU de 10.1.2007.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. DOU de 14.2.1995.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. DOU de 17.7.1997.

CELLI JÚNIOR, Umberto; SANTANA, Cláudia Silva de. Telecomunicações no Brasil: balanço e perspectivas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: v. 238, out./dez.2004, p. 01-15.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARENA, Duciran Van Marsen. Regulação e defesa do consumidor no setor de telefonia. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, jul./set.2006, p. 26-39.

\_\_\_\_\_. O Código de Defesa do Consumidor e os direitos do consumidor usuário de telefonia fixa. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 40, out./dez.2001, p. 93-106.

\_\_\_\_\_. Telefonia: crise do modelo e desrespeito ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 44, out./dez.2002, p. 106-121.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **Direito das telecomunicações**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. Relatório SINDEC sobre Telecomunicações. Brasília, 2009.

MORAES, Alexandre de (Org). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTANA, Héctor Valverde. **A ilegalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica de telefonia fixa**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_84/Artigos/PDF/HectorValverde\\_rev84.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/HectorValverde_rev84.pdf)> Acesso em: 05 abr. 2010.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor anotado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. REsp nº 911802/RS. Ementa: [...] Relator: José Delgado. Brasília, DF, 24 out. 07. DJ de 1.09.08.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma. REsp nº 994144/RS. Ementa: [...] Relator: Luis Fux. Brasília, DF, 12 fev. 08. DJ de 03.4.08.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma. REsp nº 872584/RS. Ementa: [...] Relator: Humberto Martins. Brasília, DF, 20 nov. 07. DJ de 29.11.07.

\_\_\_\_\_. REsp nº 983501/RS. Ementa: [...] Relator: Eliana Calmon. Brasília, DF, 6 dez. 07. DJ de 18.12.07.